

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Eduardo Pereira Monteiro

**ENTRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PORTUGUÊS E O SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL BRASILEIRO**
APROXIMAÇÕES, DISTINÇÕES E INSUFICIÊNCIAS
DOS SISTEMAS DE FISCALIZAÇÃO DA
CONSTITUCIONALIDADE

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional, orientada pelo Professor Doutor António Eduardo Baltar Malheiro de Magalhães e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

EDUARDO PEREIRA MONTEIRO

ENTRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E O SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO
(Aproximações, distinções e insuficiências dos sistemas de fiscalização de
constitucionalidade)

BETWEEN THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT AND THE
BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT
(Approximations, distinctions and shortcomings of the systems of constitutionality
review)

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

Orientador: Professor Doutor António Eduardo Baltar
Malheiro de Magalhães.

COIMBRA

2023

RESUMO

Desde a introdução da justiça constitucional nos sistemas democráticos constitucionais, diversos fatores influenciaram a forma como cada ordenamento jurídico organizava seu próprio sistema de fiscalização da constitucionalidade. Comum a isto, o sistema de controle constitucional das normas em Portugal e no Brasil apresentam diferentes formatações que definem o modelo de controle de constitucionalidade adotado em cada realidade. O objetivo da presente pesquisa é pontuar as formas do sistema de fiscalização da constitucionalidade e comparar situações específicas que se distinguem entre o sistema de constitucionalidade no Brasil e em Portugal. Dentre estas situações, destacam-se a existência da fiscalização preventiva em Portugal e a ausência do mecanismo no Brasil, a forma de composição das Cortes Constitucionais nos dois Estados, além de anomalias, insuficiências e disfunções identificadas nos dois sistemas. Com isto, o que se pretende é realizar uma análise crítica das formas de fiscalização da constitucionalidade, colocando em destaque entre as duas realidades o intercâmbio dos pontos fortes e fracos de ambos os sistemas, na ideia de cooperar para reflexões futuras para melhorar a efetividade constitucional luso-brasileira.

Palavras-chave: fiscalização da constitucionalidade; justiça constitucional; disfunções; comparação luso-brasileira; Portugal-Brasil.

ABSTRACT

Since the introduction of constitutional justice in democratic constitutional systems, several factors have influenced the way each legal system organized its own constitutionality control system. Common to this, the system of constitutional control of rules in Portugal and in Brazil presents different formatting that define the model of constitutionality control adopted in each reality. The aim of this research is to point out the forms of the constitutionality control system and to compare specific situations that distinguish between the constitutionality control system in Brazil and in Portugal. Among these situations, it must be highlighted the existence of the preventive review in Portugal and the absence of this mechanism in Brazil, the form of composition of the Constitutional Courts in both states, as well as anomalies, insufficiencies and dysfunctions identified in both systems. In this regard, the aim is to conduct a critical analysis of the forms of constitutionality reviewing, highlighting between the two realities the exchange of strengths and weaknesses of both systems, in the idea of cooperating to future reflections to improve the Luso-Brazilian constitutional effectiveness.

Keywords: judicial review; constitutional justice; dysfunctions; Luso-Brazilian comparison; Portugal-Brazil.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CRP – Constituição da República Portuguesa

EC – Emenda Constitucional

MI – Mandado de Injunção

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: BREVES CONSIDERAÇÕES	11
1.1. A constitucionalização do direito e o controle de constitucionalidade	13
1.2. Modelos de fiscalização da constitucionalidade: ponto de partida.....	15
1.2.1. O modelo norte-americano e a <i>judicial review</i>	18
1.2.2. O modelo austríaco	19
1.2.3. O modelo francês.....	20
CAPÍTULO 2 – O MOVIMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E PORTUGUÊS: ALGUMAS DEMARCAÇÕES	22
2.1. Sistema Português e a Fiscalização da Constitucionalidade	25
2.2. O Supremo Tribunal Federal e o Controle de Constitucionalidade no Brasil	31
CAPÍTULO 3 – DISTINÇÕES E INSUFICIÊNCIAS RELEVANTES ENTRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL....	48
3.1. Uma visão crítica do modelo português	49
3.1.1. Proteção inadequada dos direitos fundamentais e o Tribunal Constitucional	49
3.1.2. O problema das omissões constitucionais.....	51
3.1.3. Ausência de proteção do poder local	52
3.2. Insuficiências no sistema do Supremo Tribunal Federal	53
3.3. Questões quanto ao modelo de funcionar dos sistemas de fiscalização.....	54
3.3.1 O sistema português de fiscalização de constitucionalidade: demarcações críticas.....	54
a) A particularidade da fiscalização preventiva e o mecanismo de confirmação do diploma inconstitucional	55
b) Problemáticas de um sistema de controle voltado para a análise da norma.....	55
c) Os efeitos inter partes no âmbito do controle concreto: uma apreciação crítica	57
d) Tribunal Constitucional e a falta de harmonia funcional.....	57
e) Obscuridade no funcionamento do Tribunal Constitucional.....	58
f) A jurisprudência da crise e uma faceta do Tribunal Constitucional.....	58
3.3.2 O sistema brasileiro.....	59
a) O problema dos efeitos inter partes no controle concreto	60
b) O volume processual e o seu crescimento	61
c) O papel central da função legislativa dentro do Supremo Tribunal Federal	62
3.4. Uma visão prática: a análise das decisões judiciais das Cortes Constitucionais	63

3.4.1. A Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais n.º 54.....	63
3.4.2. Uma visão do Tribunal Constitucional: o Acórdão 75/2010.....	75
3.5 Perspectivas comparativas finais: o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Federal	79
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83
JURISPRUDÊNCIA	90

INTRODUÇÃO

Desde o constitucionalismo desenvolvido ao longo do século XX, a figura do Tribunal Constitucional tomou um espaço de relevância na dinâmica das sociedades regidas por uma Constituição. Para além de uma função de interpretação normativa, o papel destes Tribunais buscou também efetivar valores e princípios constitucionais na sociedade¹. Desse modo, o Poder Judiciário passou a ter decisões que iriam para além da resolução de litígios, mas poderiam intervir em temas políticos e sociais de maneira muito mais direta².

A relevância atribuída à Justiça Constitucional tem a ver com o destaque que se dá para a sua atuação no sentido de garantir força à norma constitucional e no sentido que dá à efetividade das garantias constitucionais aos cidadãos. Além disso, a Justiça Constitucional desperta interesse aquando da sua função no âmbito do controle de constitucionalidade das normas e da imprescindível harmonia que se busca entre o Judiciário e os demais poderes do Estado.

O entendimento da Justiça Constitucional dentro de um molde adequado, juntamente com a análise da atuação das decisões dos Tribunais Constitucionais e uma visão mais ampla no campo do direito comparado compõem pontos fundamentais para o Direito Constitucional na atualidade³.

Inicialmente, a presente pesquisa tratará do Tribunal Constitucional como órgão de fiscalização da constitucionalidade de modo geral, para depois introduzir a exposição de aspectos principais dos sistemas de fiscalização de constitucionalidade em Portugal e no Brasil. Este trabalho pretende realizar globalmente um comparativo que analise os modelos de fiscalização da constitucionalidade em vigor em Portugal e no Brasil.

Os modelos de fiscalização da constitucionalidade, mesmo que já sejam unanimidade dentro do formato constitucional, constantemente apresentam questionamentos e podem ser aprimorados, inclusive quando comparados a um outro sistema constitucional. O quadro teórico que aqui se coloca impõe o questionamento de alguns pontos da Justiça

¹ VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 155: “objetivo deste tipo de fiscalização é, justamente, o de evitar que ingresse no ordenamento jurídico, produzindo efeitos, normas inconstitucionais”.

² MATSUSHITA, Mariana Barboza Baeta Neves; ISHIKAWA, Lauro; DE ALENCAR, Igor Rafael Carvalho. Justiça Constitucional entre o passado e o presente. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, 2022, 10.2: 624-647.

³ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Introdução à justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 14.

Constitucional em dois países com sistemas constitucionais de raízes históricas semelhantes, com o objetivo de realizar uma verificação comparativa dos pontos negativos e positivos, de modo a ajudar a solucionar questões, provocar reflexões ou a futuramente propor melhorias para o sistema atual.

Neste caso, para fins de pesquisa, optou-se por realizar este levantamento tendo como ponto de partida o sistema de fiscalização da constitucionalidade de dois países: Brasil e Portugal. Antes de mais, é importante dizer que mesmo com a proximidade da realidade histórico-constitucional dos dois países, quando se verifica as diferenças entre os sistemas é importante levar em consideração as peculiaridades de cada uma das Constituições inseridas no contexto geopolítico e social existente nos dois modelos a serem comparados⁴.

Nessa condição, a pesquisa irá citar semelhanças e diferenças nos dois modelos, sem pretensão de esgotar todas as suas nuances, mas apenas evidenciar a existência de determinados mecanismos que existam num e não estejam no outro.

O método comparativo entre os pontos de igualdade ou distinção entre os sistemas mostrarão que são modelos de controle de constitucionalidade, os quais trabalham para a mesma finalidade. No entanto, estes modelos estão inseridos num sistema político e social naturalmente diferentes e, portanto, isto terá reflexo nos sistemas de fiscalização da constitucionalidade.

O primeiro capítulo será um ponto de partida teórico para o debate, de modo a tecer algumas considerações gerais sobre a justiça constitucional e os três modelos de fiscalização constitucional nos quais se baseiam os sistemas de controle de constitucionalidade aqui apreciados, especialmente o pioneirismo e a difusão dentro do modelo norte-americano, a centralização do controle num único órgão do modelo austríaco e as particularidades do modelo francês.

O segundo capítulo dedica-se a situar o leitor nas experiências e nos modelos que se formaram na história constitucional portuguesa e brasileira, dando destaque a alguns detalhes de organização, funcionamento e mecanismos disponíveis para o sistema de fiscalização da constitucionalidade. Num contexto mais descritivo, importa dizer que a opção por este capítulo tem a ver com a intenção de situar a presente pesquisa num panorama mais geral dentro dos dois sistemas.

⁴ ALEXANDRINO, José de Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2006, p. 293.

O estudo de pontos fortes e fracos do sistema de controle de constitucionalidade adotado em um determinado Estado não pode ser realizado sem também compreender além dos modelos tradicionais de fiscalização da constitucionalidade, outra experiência inserida no Direito Comparado no que toca ao controle da constitucionalidade.

O terceiro capítulo se consubstancia como uma análise das insuficiências e dos problemas que os sistemas adotados demonstraram desde déficits estruturais até ausências que poderiam aprimorar o mecanismo de proteção de direitos fundamentais, a neutralidade, o equilíbrio constitucional e a legitimidade democrática no Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal.

Em Portugal, alerta-se para alguns contornos da existência da fiscalização preventiva e da confirmação do diploma inconstitucional pela Assembleia da República, no controle constitucional exclusivamente normativo e na experiência de interferência política do Tribunal Constitucional. Do lado brasileiro, fala-se na grande quantidade de processos no Supremo Tribunal Federal, na questão dos efeitos *inter partes* e no papel “legislativo” que o Supremo Tribunal Federal possui.

Por fim, faz-se uma demarcação final analisando brevemente dois acórdãos, um do Supremo Tribunal Federal e outro do Tribunal Constitucional, resultando em algumas breves conclusões no que diz respeito à possibilidade de reforma de ambos os sistemas e de como um poderia aproveitar-se de parte da experiência do outro, considerando todas as especificidades intrínsecas a cada Estado, a fim de melhorar a dinâmica de proteção constitucional. Em vias de conclusão, faz-se uma perspectiva comparativa geral dos dois sistemas de fiscalização passando pelos pontos analisados com o objetivo de arrematar as aproximações e afastamentos entre os modelos brasileiro e português, refletindo quanto às perspectivas de reforma para melhorar a efetividade da justiça constitucional em ambas as experiências.

CAPÍTULO 1 - A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

A justiça constitucional está relacionada com o surgimento de textos constitucionais ao longo do século XVIII e XIX⁵ e a necessidade de assegurar a supremacia constitucional, ainda pouco consolidada naquela altura.

No âmbito do Estado de Direito Constitucional, passa a ser necessária a garantia do cumprimento das normas presentes na estrutura da Constituição. A primeira grande causa do nascimento e do crescimento da revisão judicial da constitucionalidade da legislação é a necessidade de um órgão de controle em países que têm um sistema de governo democrático e baseado na divisão dos poderes⁶.

Nessa mesma linha, para defender-se, a Constituição pode trazer consigo ferramentas e institutos cuja função primordial seja garantir a obediência aos seus normativos. Assim, criou-se um repertório de garantias da Constituição e garantias institucionais com o objetivo de dar à Constituição força e estabilidade⁷.

Dentro deste modelo de defesa da Constituição, cita-se os limites de revisão constitucional, a vinculação dos poderes às normas constitucionais e, sobretudo, a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das normas.

Esta última advém do princípio da constitucionalidade que leciona a supremacia Constitucional de modo que a atividade legislativa de criação de normas jurídicas ordinárias deve estar em conformidade com os parâmetros constitucionais numa perspectiva formal e material, caso contrário, a Constituição deverá acionar os mecanismos de fiscalização como defesa do cumprimento do seu conteúdo⁸.

O mecanismo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das normas é expressamente assumido no texto constitucional (em análise neste trabalho, a Constituição portuguesa e brasileira). Trata-se, de modo geral, de uma série de procedimentos operados por um ou mais órgãos jurisdicionais responsáveis por fiscalizar a conformidade normativa com a Constituição.

⁵ BRONZE, José Fernando. *Lições de introdução ao Direito*. 3ª ed. Lisboa: Gestlegal, 2019, p. 341.

⁶ SHAPIRO, Martin. The “Globalization” of judicial review. *Legal culture and the legal profession*. Routledge, 2021. p. 119-135.

⁷ STAMILE, Natalina. Alguns aspectos de ordem geral sobre o conceito de Constituição, interpretação constitucional e justiça constitucional italiana. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, 2020, 5.1: 71-91.

⁸ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 32.

Este mecanismo de amparo garantiu um nível de maior segurança jurídica, inclusive em relação ao cumprimento dos direitos fundamentais que, a partir do pós-Guerra assumiram nova relevância no que toca à sua observância. A fiscalização, portanto, ampara a força normativa da Constituição⁹.

O procedimento em torno da fiscalização tem como objetivo final verificar se existem inconstitucionalidades na legislação ordinária capazes de afetar a normatividade da Constituição. Destaque-se, a partir disso, que a atividade de fiscalização é de natureza normativa ou seja, trata-se da apuração em algumas normas ordinárias de eventuais transgressões de preceitos e princípios constitucionais para garantir o respeito ao Estado Constitucional¹⁰.

No entanto, foi somente no pós-guerra, juntamente com a concepção do texto constitucional como supremo no ordenamento jurídico, que se pôde falar efetivamente na consolidação da Justiça Constitucional com a inserção de mecanismos de fiscalização da constitucionalidade das normas e com a definição das funções dos Tribunais Constitucionais em várias experiências, de modo que a Justiça Constitucional passa a ser um elemento relevante na solidez de um Estado de Direito Constitucional¹¹.

O conceito de Justiça Constitucional é caracterizado por linhas de alguma complexidade e com várias faces¹². Por exemplo, há uma corrente mais rígida e tradicional da justiça constitucional trazida por Kelsen que a define como uma jurisdição especializada em controlar a constitucionalidade das normas¹³. Em outro entendimento, trata-se de uma jurisdição encarregada da aplicação da Constituição¹⁴.

Sem intenção de recriar um conceito ou de propor várias definições da doutrina, a noção a que este estudo se filiará é a da Justiça Constitucional como a materialização das normas jurídicas da Constituição, bem como do seu papel na garantia da efetividade do conteúdo político programático constitucional. A justiça constitucional, ocupa-se, desse modo, numa perspectiva normativa, com a aplicação das normas constitucionais para

⁹ *Idem*, p. 33.

¹⁰ REYES, Aragón. La justicia constitucional em el Siglo XX. Balance y perspectivas em el Umbral del Siglo XXI. La ciência del Derecho durante em el Siglo XXI. Mexico: Universidad Autónoma de México, 1998, p. 166.

¹¹ *Idem*, p. 18.

¹² REYES, Aragón. La justicia constitucional em el Siglo XX. Balance y perspectivas em el Umbral del Siglo XXI. La ciência del Derecho durante em el Siglo XXI. Mexico: Universidad Autónoma de México, 1998, p. 166.

¹³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 201-202.

¹⁴ CAPELLETTI, M. *La justicia constitucional*. México: Estudios de Derecho Comparado, 1987.

solucionar questões jurídicas, ao mesmo tempo que assegura a realização do projeto político com a fiscalização da constitucionalidade no sentido de garantir a subordinação dos demais poderes do Estado à Constituição¹⁵.

Preliminarmente, também se mostra relevante diferenciar os termos justiça constitucional de jurisdição constitucional. O primeiro está firmado numa compreensão material e refere-se à atividade jurisdicional na aplicação do texto constitucional de forma total, incluindo o seu exercício por tribunais comuns ou especializados, ou seja, dentro da sua forma concentrada ou difusa.

Já o segundo tem a ver com uma compreensão formal, ou seja, trata-se especificamente do tribunal central especializado em aplicar a Constituição. A "jurisdição" constitucional não se caracteriza pelo fato de exercer o monopólio da aplicação da Constituição, mas sim pelo fato de ter o monopólio de determinados processos constitucionais¹⁶.

A compreensão é a de que não existe um verdadeiro Estado de Direito se este não for democrático e de direito e, portanto, se a Constituição não for uma verdadeira norma jurídica superior capaz de delimitar o poder através do direito, de garantir juridicamente a soberania popular e, portanto, de ser a fonte imediata dos direitos dos cidadãos. Nessa linha, tudo isto só pode ser assegurado se for instituído um sistema de fiscalização da constitucionalidade por via judicial.

1.1. A constitucionalização do direito e o controle de constitucionalidade

As constituições nas democracias têm função relevante no sistema jurídico, porque ademais de exercer controle sob os outros poderes, a sua estrutura normativa reflete sobre o ordenamento jurídico por completo, tendo consequência na criação das leis, na sua aplicação e certamente na forma como as normas serão interpretadas¹⁷.

O entendimento atual do que é a Constituição nos ordenamentos jurídicos não autoriza que a sua compreensão se cinja apenas a uma ideia de que ela é uma fonte

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 54.

¹⁶ REYES, Aragón. *La justicia constitucional em el Siglo XX*. Balance y perspectivas em el Umbral del Siglo XXI. La ciência del Derecho durante em el Siglo XXI. México: Universidad Autónoma de México, 1998, p. 166.

¹⁷ MEDEIROS, Rui. *A constituição portuguesa num contexto global*. Universidade Católica Editora, 2015, p. 22.

hierárquica superior que rege a produção normativa do Estado, mas sim em um sistema que expressa os valores fundamentais que regularão a aplicação e a interpretação normativa num ordenamento jurídico¹⁸.

Essa alteração da compreensão da Constituição como mais que “um guia” foi definida sobretudo no pós-guerra, com a maior interferência estatal na sociedade e a grande produção de normas que autorizou o crescimento da Constituição no alicerce dos princípios escritos no seu texto como base de um sistema único axiológico inserido nas várias ramificações jurídicas¹⁹.

O surgimento do movimento do Estado Social também foi responsável por atribuir novos papéis à Constituição para além de organizar o Estado, garantir direitos fundamentais, mas também se preocupar com economia, proteção da família, dentre outros. O aumento do constitucionalismo tem a ver também com a noção de que os textos constitucionais abrigaram uma influência na interpretação de todas as outras áreas, dada a sua conhecida irradiação²⁰.

Sobre esta irradiação, cita-se o caso Lüth²¹, julgado no Tribunal Constitucional Alemão no ano de 1958. Neste litígio discutia-se se era legal um boicote montado pelo presidente do clube de imprensa da cidade de Hamburgo (Erich Lüth) a um filme realizado por um apoiador do nazismo. A produtora do filme foi judicialmente contra Erich a fim de acabar com o movimento de boicote, fundamentando que deveria receber indenização com base no Código Civil quanto à reparação por causar danos a terceiros.

Lüth interpôs recurso ao Tribunal Constitucional que aceitou o pedido e considerou que as cláusulas gerais do direito privado têm que ser compreendidas conforme os princípios, direitos fundamentais e valores colocados na Constituição, inclusive o da liberdade de expressão²².

Em Lüth, o Tribunal Constitucional estabeleceu um efeito indireto dos direitos básicos nas relações privadas. Isso demonstrou que a Constituição não é isolada e que suas decisões sobre valores saturam todo o corpo de leis de seu eleitorado. Os direitos

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Renovar: São Paulo, 2009, p. 34.

¹⁹ Idem, p. 34.

²⁰ MEDEIROS, Rui. *A constituição portuguesa num contexto global*. Universidade Católica Editora, 2015, p. 22.

²¹ Trata-se do processo 1 BvR 500/51. 1º Senado da Corte: 15/1/58. BVerfGE 7, 198.

²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 43-44.

constitucionais devem ser equilibrados em uma base individual. Nenhum direito existe por si só; o gozo dos direitos de uma pessoa interfere nos direitos de outras. No entanto, a Constituição facilitará essa relação, seja ela originada no direito civil ou constitucional.

Fala-se neste ponto de eficácia irradiante da Constituição relacionando-a com o reconhecimento de que a Constituição é hierarquicamente superior na sua posição normativa e, por conseguinte, impõe a questão e a capacidade dentro do próprio ordenamento jurídico de excluir qualquer norma que vá contra os valores constitucionais, e abriu-se aos Tribunais Constitucionais, nesta linha, a função de exercer a proteção das normas da Constituição por meio da fiscalização da constitucionalidade das leis²³.

A base desta capacidade de excluir ou evitar que o ordenamento jurídico abrigue normas que estão em desacordo com o texto da Constituição está na noção de que a Carta Maior é a fonte de onde tem origem todos os outros poderes estatais²⁴, a qual confere a cada um as suas funções, e tais poderes devem atuar de modo a respeitar os valores constitucionais, garantindo, inclusive, a boa execução da Constituição.

Assim, é natural que para o equilíbrio e harmonia do sistema²⁵, o ato contrário à Constituição deve ser nulo, sem validades e não podem gerar direitos ou obrigações, dada a sua natureza inconstitucional. A noção geral de poder dado pela Constituição ao Estado gera para os outros poderes (e não só para o Poder Judiciário) uma obrigação de entre si fiscalizarem e controlarem a constitucionalidade de seus atos, seja esse controle político ou judicial.

1.2. Modelos de fiscalização da constitucionalidade: ponto de partida

Depois do movimento constitucional não linear que impulsionou as primeiras Constituições na forma escrita ao redor do mundo a partir do final do século XVII, desenvolveram-se, por consequência, modelos multifacetados constitucionais em cada Estado, o que impulsionou também formatos diversos de controle de constitucionalidade, fruto da história constitucional específica de cada país²⁶.

²³ ALEXANDRINO, José Melo. *Op. cit.*, p. 72. CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad Y legitimidad de la justicia constitucional. IN: FAVOREU, Louis (coord.). *Tribunales constitucionales europeos derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 36.

²⁵ CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 238-240.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. Imprensa: Rio de Janeiro, 2018, p. 1.

Em se tratando de origem histórica, a maior noção de controle de constitucionalidade teve origem nos Estados Unidos da América, aquando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803, no âmbito de uma decisão do juiz John Marshall, o qual na altura era presidente da Suprema Corte Americana, ainda que naquela época não houvesse propriamente uma previsão expressa do controle de constitucionalidade das leis²⁷.

Por outro lado, no começo do Século XX, Hans Kelsen pensou um formato de fiscalização de constitucionalidade feito apenas por um órgão constitucional específico, formado por juízes investidos com mandatos determinados para o efeito, os quais seriam colocados naquela posição por outros órgãos políticos de representação. Em Kelsen, a Corte Constitucional austríaca não deveria atuar em casos determinados, mas dentro de um modelo abstrato, num papel de legislador negativo, tornando inválidos, os atos que contrariam a Constituição.

Este formato, conforme se verá a seguir, é diferente do modelo norte americano, onde o controle de constitucionalidade se exerce de forma difusa por todos os juízes e não apenas em um órgão.

A fiscalização da constitucionalidade equilibra a harmonia do sistema jurídico porque de forma contrária, o ordenamento estaria a admitir uma possibilidade de derrogação normativa tácita autorizando que qualquer norma, em consonância ou não com o texto constitucional, existissem no sistema, de modo que uma norma nova incompatível pudesse ser capaz de, inclusive, ser mais “forte” na hierarquia normativa, excepcionando a norma constitucional quando fosse contrária a elas.

Desde então, apesar de fazer sentido na concepção atual de equilíbrio democrático constitucional, o modelo de controle de constitucionalidade abriga ainda algumas objeções e críticas na sua forma geral, mas também na forma como essa fiscalização de constitucionalidade se exerce em determinados quadros jurídicos conforme a cultura constitucional de cada Estado²⁸.

Dentre as principais críticas, a atribuição ao Poder Judiciário de ter o poder de excluir do sistema jurídico uma legislação aprovada pela maior parte dos representantes do

²⁷ CORWIN, Edward S. *Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review. Michigan Law Review*, 1914, 12.7: 538-572, p. 543.

²⁸ CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 917.

povo exigiria uma verdadeira legitimação democrática, sob pena deste poder legado aos juízes fragilizasse a democracia.

O debate em torno da dificuldade contramajoritária reside, primordialmente, no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do processo de criação, conferindo aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, que lhes permitem moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas²⁹ em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito.

Em resposta a tais questionamentos, pode ser dito que a democracia não equivale à mera prevalência da vontade das maiorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores democráticos. Se assim não fosse, poderíamos considerar democráticos os governos nazistas que ascenderam ao poder pela via eleitoral e governou a maior parte do tempo com respaldo da maioria popular³⁰.

O controle de constitucionalidade é perfeitamente compatível com a democracia, pois a compreensão de uma sociedade democrática de direito não se esgota unicamente no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, dentre as quais se incluem a proteção dos direitos básicos, a participação igualitária do cidadão e a proteção de minorias.

Por isso, com a necessidade de assegurar eficácia à Constituição, é preciso delinear, ainda que de forma breve, os contornos históricos e as características dos modelos de fiscalização da constitucionalidade que foram criados conforme a experiência político-ideológica e constitucional dos Estados onde nasceram.

Tratam-se do modelo norte-americano e austríaco, cuja análise revela pertinência com esta pesquisa porque tais modelos foram reproduzidos no Brasil e em Portugal, como será relatado futuramente nesta pesquisa. O modelo francês também será brevemente

²⁹ Para Carl Schmitt a indeterminação das normas constitucionais tornava essencialmente política a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis, razão pela qual ele defendia que o controle de normas fosse atribuição do Chefe de Estado, o qual representaria a unidade do povo e poderia atuar como um “poder neutro”. Cfr. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2ª Edição. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.

³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 30-31.

relatado, nomeadamente pela sua interação com a modalidade preventiva de fiscalização da constitucionalidade presente no sistema de controlo português.

1.2.1. O modelo norte-americano e a *judicial review*

O modelo norte-americano inaugura globalmente a noção de soberania judicial dentro daquilo que se convencionou chamar de *judicial review*. O país com sistema da *common law*, conferia naturalmente grande protagonismo ao Judiciário, incluindo a defesa de direitos dos cidadãos, enquanto que a confiança no Poder Legislativo não era historicamente tão alargada³¹.

A independência dos Estados Unidos que limitou a atuação do Poder Legislativo e a teoria da separação dos poderes contribuíram para a vinculação de todos os Estados à Constituição e dando a ela o *status* de Lei Suprema. A supremacia constitucional, por sua vez, clama ao estabelecimento de mecanismos de controle de constitucionalidade como instrumento garantidor da eficácia normativa³².

A Constituição norte-americana de 1787, no entanto, não tinha previsão expressa sobre a fiscalização de constitucionalidade das normas, mas a ferramenta foi formalizada na jurisprudência no ano de 1803, no âmbito da sentença *Marbury v. Madison*³³.

Pontos de destaque da famigerada sentença que instituiu o *judicial review* nos Estados Unidos determina a supremacia constitucional e dá autoridade aos tribunais de todas as instâncias para considerar inválida norma inconstitucional³⁴.

Seguindo esse raciocínio, o modelo norte-americano de fiscalização é caracterizado por ser difuso, porque a inconstitucionalidade pode ser apreciada por qualquer tribunal, também é considerado um modelo concreto porque só discute a constitucionalidade de uma norma quando uma questão é trazida para tribunal e envolve a aplicação de uma norma cuja constitucionalidade é questionada. Por isso, trata-se de um controle sucessivo porque a norma já está vigente³⁵.

³¹ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 53.

³² Idem., p. 56.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

³⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 115.

³⁵ Idem, p. 116.

Depois de declarada inconstitucional, a lei não será aplicada no caso concreto, mas produz apenas efeitos entre as partes (*inter partes*)³⁶. Por se tratar de um ato normativo nulo desde a origem, a declaração que considera inconstitucional retroage para tornar inválidos os efeitos por ela produzidos.

1.2.2. O modelo austríaco

O modelo austríaco de fiscalização da constitucionalidade representa um marco importante nos sistemas constitucionais. Este modelo foi criado por Hans Kelsen a pedido do governo austríaco³⁷. O formato kelseniano de fiscalização de constitucionalidade é conhecido por concentrar as questões constitucionais em um único órgão jurisdicional central: o Tribunal Constitucional³⁸.

Atribuir a um órgão exclusivo a apreciação da questão da constitucionalidade da norma é o marco do modelo austríaco que considera este o único órgão jurisdicional apto para declarar a inconstitucionalidade de uma lei³⁹.

Kelsen defendeu que o controle constitucional precisa ser visto por um órgão independente dos restantes tribunais, já que haveria uma grande diferença entre uma jurisdição constitucional e a jurisdição comum⁴⁰. Ademais, outros elementos específicos do modelo de controle kelseniano podem ser constatados em relação à forma e aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade que passam a poder abranger todos (efeito *erga omnes*) e não apenas o caso em análise pelo tribunal, como acontece no modelo norte-americano⁴¹.

A forma do controle envolve questões suscitadas diante dos juízes ou tribunais dentro do sistema austríaco, de modo que o controle é realizado em via principal⁴². Nesse sentido, só se fala na propositura direta ao Tribunal Constitucional de análise de conformidade de ato normativo com a Constituição. Desse modo, o controle é feito em sede de ação direta e principal, quando o centro da ação está na determinação da constitucionalidade da norma.

³⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 281.

³⁷ *Idem*, p. 73.

³⁸ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 74.

³⁹ *Idem*, p. 75.

⁴⁰ *Idem*, p. 72.

⁴¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Imprensa: Salvador, 2016, p. 74.

⁴² *Idem*, p. 78.

Em 1929, porque foi questionada a legitimidade do sistema austríaco, uma Emenda Constitucional aumentou a lista de legitimados a propor uma ação direta ao Tribunal Constitucional. Neste âmbito, conferiu-se também aos tribunais ordinários a legitimidade para questionarem junto ao Tribunal Constitucional em sede de um litígio comum em curso a apreciação da constitucionalidade de uma lei.

Desse modo, a única distinção entre a legitimidade dos órgãos judiciários ordinários e dos outros órgãos políticos é que estes poderiam provocar a jurisdição constitucional pela via direta e aqueles poderiam fazê-lo apenas pela via incidental⁴³. Por último, é importante referir que no caso do modelo austríaco, os efeitos da decisão não retroagem e possuem eficácia contra todos⁴⁴. O efeito não retroativo (*ex nunc*) previsto no modelo kelseniano de controle concentrado de constitucionalidade demonstra que a deliberação do Tribunal Constitucional não é meramente declaratória, mas sim constitutiva de inconstitucionalidade da lei⁴⁵.

Em resumo, o modelo austríaco de fiscalização da constitucionalidade é baseado no papel do Tribunal Constitucional como órgão independente responsável por analisar a conformidade das leis e atos administrativos com a Constituição austríaca. Sua função é garantir a supremacia da Constituição e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

O sistema kelseniano alastrou-se na Europa, nomeadamente na Alemanha, Espanha e Itália⁴⁶ e também influenciará diretamente a construção do modelo brasileiro e português de fiscalização da constitucionalidade, como será visto a seguir.

1.2.3. O modelo francês

O modelo francês é caracterizado por ser uma forma política de fiscalização de constitucionalidade. Como a menção à forma política indica, não se trata de controle exercido por órgãos jurisdicionais, mas sim por órgãos políticos. Conforme mencionado, o controle constitucional advém do Constitucionalismo e tem raízes muito próximas com a história política e constitucional do Estado onde se desenvolve.

⁴³ *Idem*, p. 79.

⁴⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 82.

⁴⁵ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016.

⁴⁶ *Idem*.

Na França, historicamente, o nível de confiança no Poder Judiciário não era elevado, já que desde o Antigo Regime esta era uma instituição caracterizada pela corrupção e por não ser conforme à vontade geral do povo⁴⁷. Esta falta de credibilidade no Judiciário é uma percepção trazida até os dias de hoje e fez com que os tribunais franceses não fossem os órgãos responsáveis pela guarda da Constituição⁴⁸.

Neste âmbito, os franceses acabaram por se posicionar em relação à criação de um sistema de fiscalização da constitucionalidade predominantemente político, dada a supremacia do Parlamento diante da Constituição e outros motivos históricos que afastavam a atribuição do judiciário nesta função⁴⁹, tais quais o legado da revolução francesa e a politização da justiça francesa. O movimento constitucional francês também foi influenciado pela teoria contratualista de Rousseau e a separação de poderes de Montesquieu que tiveram ainda mais impacto nesta atribuição aos órgãos políticos da fiscalização da constitucionalidade⁵⁰.

De fato, há motivação histórica e cultural para a opção política do controle de constitucionalidade francês⁵¹, sobretudo o abuso de poder e a arbitrariedade associada a estes juízes antes da revolução francesa, colocando em causa inclusive a integridade das liberdades individuais⁵². Ademais, ideologicamente, a opção pela fiscalização política da constitucionalidade das leis afastou a intervenção judicial no legislativo⁵³.

O ordenamento jurídico francês ao longo dos anos sempre colocou o controle constitucional nas mãos de um órgão não judiciário, sendo que o último texto constitucional atribuiu a função ao Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*)⁵⁴.

Em primeiro lugar, o controle exercido pelo Conselho Constitucional contribuiu de forma decisiva para a pacificação da vida política. Esse foi o caso em várias ocasiões. Toda vez que o Conselho Constitucional emite uma decisão, a febre política diminui. E se o

⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 75.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. Imprensa: Rio de Janeiro, 2018, p. 54.

⁴⁹ URBANO, Maria Bedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 161.

⁵⁰ *Idem*, p. 53.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 26.

⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 82.

⁵³ *Idem*, p. 84.

⁵⁴ *Idem*, p. 95.

controle das leis cumpre essa função, é porque a oposição tem um meio de garantir que a maioria não ultrapasse os limites estabelecidos pela Constituição⁵⁵.

Por isso, o modelo francês é por vezes considerado “anormal” quando colocado em perspectiva com os modelos anteriormente mencionados. Esta atipicidade, porém, está ligada à natureza do órgão a que se atribui a função de fiscalização da constitucionalidade, visto que nesta hipótese não é tampouco um órgão político ou jurídico⁵⁶.

Para além disso, uma característica marcante do modelo de controle francês é o momento do controle que ocorre numa perspectiva de prevenção, o que significa que a constitucionalidade de determinada norma é conferida antes que esta seja promulgada e entre em vigor no ordenamento jurídico. Caso se declare a inconstitucionalidade, a lei não entra no ordenamento jurídico e não produz qualquer efeito⁵⁷. Trata-se, neste caso, de uma fase do processo legislativo.

A partir de 2008, o modelo francês acrescentou também um sistema de fiscalização repressivo das leis com a finalidade de autorizar o Conselho Constitucional a fiscalizar as leis em momento posterior⁵⁸, nomeadamente, quando a questão da constitucionalidade for suscitada por uma das partes em litígio judicial ou administrativo⁵⁹.

CAPÍTULO 2 – O MOVIMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E PORTUGUÊS: ALGUMAS DEMARCAÇÕES

Conforme dito acima, os sistemas constitucionais de Portugal e do Brasil encontrarão, naturalmente, pontos de convergência e divergência ao longo da análise⁶⁰.

As convergências têm a ver com o processo histórico de relações entre os dois países (Brasil Colônia de Portugal) que começou muito antes do movimento constitucional. Desde a promulgação da Constituição Monárquica em Portugal e no Brasil Império via-se

⁵⁵ FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Trad. Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994, p. 114-113.

⁵⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Imprensa: Salvador, 2016, p. 95.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 28.

⁵⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Imprensa: Salvador, 2016, p. 83.

⁵⁹ *Idem*, p. 84.

⁶⁰ ALEXANDRINO, José de Melo. Linhas do constitucionalismo português e do constitucionalismo brasileiro, in *Portugal e Brasil: Um Direito Comum no Bicentenário do Reino Unido*. Lisboa: IDB (e-book), 2016.

claramente que uma inspirava a outra em muitos dos modelos e mecanismos adotados⁶¹, ainda que àquela época não tivesse em nenhum dos textos constitucionais um modelo de fiscalização da constitucionalidade estabelecido a previsão da fiscalização da constitucionalidade⁶².

De igual modo, quando foram editadas com uma diferença de duas décadas entre uma e outra, os primeiros modelos constitucionais republicanos também eram muito semelhantes⁶³.

Quanto ao modelo de fiscalização, sabe-se que o Brasil, inclusive por razões geográficas, adotou inicialmente um sistema de controle difuso da constitucionalidade que demonstrou ser influenciado pelo modelo de fiscalização já existente nos Estados Unidos da América. Depois de alguns anos, o mesmo ocorreu aquando da edição da Constituição da República Portuguesa de 1911⁶⁴. Ambas as Constituições, no entanto, acharam por bem incluir no seu modelo de fiscalização de constitucionalidade também o modelo austríaco que impõe a modalidade de controle concentrado e abstrato da norma feito por um tribunal especializado, quais sejam o Supremo Tribunal Federal, no Brasil e o Tribunal Constitucional, em Portugal. Vale lembrar que isto torna o modelo de ambos os países misto ou híbrido ao apresentar um sistema que combina fiscalização concreta e abstrata das normas.

Assim, temos que:

A representação instituída pela Emenda Constitucional 16/65 não se confunde com a representação interventiva. Consiste esta em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma coletividade política estadual. Por isso, apenas a violação dos princípios constitucionais sensíveis pode

⁶¹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 232.

⁶² Sobre o tema, a explicação da doutrina de CLÉVE aduz que: “Não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no período monárquico. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação; por isso competia a ele (art. 98) manter a ‘independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes’. Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, ‘chave de toda a organização política’ nos termos da Constituição, praticamente inviabilizava o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cumpria resolver os conflitos envolvendo Poderes, e não ao Judiciário”. CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 81.

⁶³ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: O Direito do Contencioso Constitucional*. Tomo II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 595 e MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11- 1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 223.

⁶⁴ Sobre a fiscalização da constitucionalidade ser uma realidade ainda muito pouco utilizada na Constituição de 1911, vide: MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 50.

autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda 16/65, de representação genérica, apta a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição. A representação interventiva implica uma fiscalização concreta de constitucionalidade, embora realizada em sede de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. Com a representação genérica, ao contrário, manifesta-se modo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque em semelhante situação estará em jogo a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República⁶⁵.

O texto constitucional vigente brasileiro tem como ponto central o modelo de fiscalização concreto e abstrato⁶⁶ no que toca ao formato híbrido de fiscalização constitucional. Isto não diminui, de toda a forma, a relevância e importância para o debate da fiscalização concreta e difusa.

O sistema lusitano, em 1971, deu, por meio de uma revisão constitucional, competência para o parlamento realizar a fiscalização abstrata na modalidade sucessiva. A Constituição da República Portuguesa, em 1976, por sua vez, entregou essa missão ao órgão denominado Conselho da Revolução para só então, no ano de 1982, criar efetivamente um tribunal central específico para o efeito da revisão constitucional, o Tribunal Constitucional⁶⁷.

Mesmo que ambos os países tivessem experimentado uma construção jurídico-constitucional firmada em muitas aproximações, especialmente no que toca à adoção de um sistema misto de fiscalização, serão analisados os pontos de afastamento desses dois formatos⁶⁸.

No que toca à justiça constitucional, já se viu que inúmeras questões surgiram acerca da sua legitimidade democrática quanto o poder de decisão dado ao Judiciário para tratar de desacordos constitucionais políticos⁶⁹, numa era de constitucionalidade inserida jurisdicionalmente quanto a temáticas não só normativas, mas também políticas⁷⁰, que nos

⁶⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 88-89.

⁶⁶ Vide a inclusão legislativa que define a: “1. ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que antes era restrita ao Procurador-Geral da República, (art. 103, inciso I a IX); 2. criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI); 3. criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único, CF e Lei 9.882/99)”.

⁶⁷ ALEXANDRINO, J. M. *Lições de Direito Constitucional*. Vol. II. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 275.

⁶⁸ SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 305.

⁶⁹ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 115.

⁷⁰ HIRSCHL, V. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, vol. 75, 2006, p. 721.

induzem a uma breve análise do regime de fiscalização constitucional, do exercício das funções dos juízes, e as suas especificidades, destacando-se para efeitos deste estudo a fiscalização da constitucionalidade no modelo português e brasileiro.

2.1. Sistema Português e a Fiscalização da Constitucionalidade

Destaca-se que o sistema de fiscalização da constitucionalidade em Portugal é classificado como misto⁷¹ e envolve a junção do controle de constitucionalidade com o controle de legalidade, além de ser marcado pela fiscalização abstrata (de forma preventiva, sucessiva e por omissão), além da fiscalização concreta⁷².

Apesar dos tribunais comuns poderem intervir no processo de fiscalização da Constitucionalidade na sua modalidade concreta, é fato que o Tribunal Constitucional é o órgão central responsável pelo controle das normas⁷³.

Como guardião constitucional, o Tribunal tem como função central fiscalizar de forma abstrata e, eventualmente, de forma concreta as normas que surgem no sistema jurídico-constitucional, seguindo a estrutura do modelo austríaco de fiscalização combinado com o modelo norte-americano dando também decisões em litígios concretos que suscitam questões de inconstitucionalidades, daí o que já se mencionou sobre o seu caráter híbrido⁷⁴.

A fiscalização abstrata preventiva está prevista no âmbito dos artigos 278º e 279º da Constituição. Este mecanismo é o que permite ao Presidente da República⁷⁵ a iniciativa de pedir a apreciação do Tribunal Constitucional para apurar a inconstitucionalidade de uma norma antes que esta seja promulgada⁷⁶. Neste ponto, a fiscalização preventiva acontece como uma fase dentro do procedimento de criação das leis como uma forma de evitar ou

⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 132.

⁷² ALEXANDRINO, José de Melo. *Lições de Direito Constitucional*. Vol. II. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 277.

⁷³ O sistema de fiscalização da constitucionalidade também pode recair, excepcionalmente, sobre o controle preventivo de referendos.

⁷⁴ Miranda, Jorge. *Op. cit.*, 2016, pp. 123 -124.

⁷⁵ Cfr. artigo 278º, nº 2 e o artigo 278º, nº 4: 2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura. 4. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efectividade de funções.

⁷⁶ Sobre o tema cfr. VEIGA, Paula. *O que faz de um Presidente da República um Presidente Republicano? Estatuto Constitucional*. Lisboa: Petrony, 2018.

reduzir a vigência de leis marcadamente inconstitucionais, além de tirar dúvidas acerca da inconstitucionalidade de normas mais controversas.⁷⁷

Caso o Tribunal Constitucional se posicione pela inconstitucionalidade, por exemplo, a norma deverá receber o veto presidencial e retorna para o órgão que a aprovou. Se este órgão for o Governo, o mesmo pode escolher entre rejeitar ou corrigir o diploma para corrigir a inconstitucionalidade apontada⁷⁸.

Na hipótese em que o legislador seja a Assembleia da República, é possível a aprovação do diploma declarado inconstitucional⁷⁹, caso em que será da responsabilidade do Presidente decidir pela promulgação.

Em se tratando de fiscalização abstrata pode-se falar na modalidade sucessiva, ou seja, aquela que acontece após a promulgação da norma, sendo definida no âmbito dos artigos 281º e 282º na Constituição da República. A Constituição definiu também limites para a interposição da fiscalização sucessiva de modo que chega ao Tribunal Constitucional a apreciação das normas e a posterior declaração sobre a sua inconstitucionalidade, sem limite de tempo⁸⁰. Ao final, a decisão do Tribunal tem poder para alcançar a todos e retroagir, a não ser quando se decida pela produção de efeitos a partir da data⁸¹.

Sobre o tema, há uma discussão acerca da questão da admissibilidade da aplicação do mecanismo de limitação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade aplicado à fiscalização sucessiva concreta, já que esta ferramenta está prevista no âmbito da fiscalização sucessiva abstrata.

Nesse debate argumenta-se que os motivos que motivam a restrição de efeitos em controle abstrato são os mesmos para a fiscalização concreta. Desse modo, como ambas têm o dever de defender o sistema jurídico garantindo que as normas inconstitucionais não

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁷⁸ COSTA, Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2007.

⁷⁹ Art. 279º, nº 2, CRP: a confirmação está condicionada pelo quórum de maioria qualificada, exigindo-se o voto favorável de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.

⁸⁰ Vide art. 52º da Lei do Tribunal Constitucional: 1. O pedido não deve ser admitido quando formulado por pessoa ou entidade sem legitimidade, quando as deficiências que apresentar não tiverem sido supridas ou quando tiver sido apresentado fora do prazo. 2. Se o presidente entender que o pedido não deve ser admitido, submete os autos à conferência, mandando simultaneamente entregar cópias do requerimento aos restantes juízes. 3. O Tribunal decide no prazo de 10 dias ou, tratando-se de fiscalização preventiva, de 2 dias. 4. A decisão que não admita o pedido é notificada à entidade requerente.

⁸¹ Vide artigo 282º, nº 4, o qual aduz: Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

produzam os seus efeitos, faz sentido que o mesmo juízo que se concede a um juiz constitucional na fiscalização abstrata deve ser igualmente concedido ao julgador em controle concreto.

Sugere-se, nesse sentido, como exemplo a seguinte situação:

Suponhamos que, num primeiro tipo de situações, a quantidade das partes em presença num processo é de tal forma elevada que o processo de fiscalização sucessiva concreta abarca a quase totalidade do universo das pessoas (singulares ou coletivas) afetadas por uma determinada norma inconstitucional. Será o caso de ser movida uma ação contra o Estado por 90% das empresas de rent-a-car do país, por lhes ser aplicada uma norma inconstitucional que obriga ao pagamento de uma taxa complementar da sua atividade. Caso o TC venha a considerar a norma inconstitucional em sede de fiscalização sucessiva concreta, estará a pronunciar-se num processo único que afetará a quase totalidade dos destinatários da norma. Caso se estivesse a pronunciar em fiscalização sucessiva abstrata os “efeitos” da sua decisão sobre o universo de aplicadores e destinatários da norma seria sensivelmente o mesmo. Existe, pois, neste caso uma semelhança evidente entre o processo de fiscalização sucessiva concreta e outro de fiscalização sucessiva abstrata que nos pode levar a considerar que, em abstrato, as razões que levaram à previsão do n.º 4 do artigo 282.º da CRP para a fiscalização sucessiva abstrata também podem fazer sentido no controlo concreto⁸².

Por outro lado, argumenta-se que a falta de previsão do mecanismo na fiscalização concreta, foi de fato uma opção levantada pelo legislador, razão pela qual não é possível argumentar por uma aplicação analógica do referido artigo⁸³.

Também faz parte da estrutura de fiscalização abstrata a modalidade por omissão (art. 283.º da Constituição), que permite ao Presidente da República e também ao Provedor de Justiça recorrer à Corte Constitucional a fim de perceber se há ou não uma inconstitucionalidade por omissão. Nestes termos, como se verá, a estrutura é bastante parecida com a verificada no sistema brasileiro que também abriga a modalidade por omissão. Em ambos, importa destacar que na análise de constitucionalidade se refere apenas a ausência de ações legislativas que deveriam existir para executar uma norma constitucional.

Nestes termos, tem-se que na hipótese em que a omissão for efetivamente constatada, o Tribunal informa à Assembleia da República ou ao Governo a necessidade de

⁸² SILVEIRA, João Tiago. Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos de decisões. In: RAMOS, Elival da Silva, *Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e Brasil* (pp. 291-315). Coimbra: Almedina, 2012, pp. 302-303.

⁸³ Idem, p. 303.

suprir a omissão, mas o efeito é de informação. Mesmo assim, é possível que o Estado seja civilmente responsabilizado quando o legislador for omissor⁸⁴.

A fiscalização concreta é baseada no dever dos juízes de não aplicar regras que violem as disposições da Constituição em disputas enviadas para decisão (artigo 204). Esse é um processo de caráter subjetivo, em que os interesses das partes são discutidos, e a discussão sobre a matéria de não constitucionalidade, que não é o objetivo do processo, surge incidentalmente, suscitada pelas próprias partes ou pelo julgador⁸⁵.

Portanto, qualquer tribunal pode avaliar e deliberar sobre questões constitucionais. Entretanto, por meio do recurso, a questão pode ser levada ao conhecimento do Tribunal Constitucional, que terá a palavra final. Por esse motivo, a literatura diz que é um controle difuso na origem e um concentrado no cume⁸⁶.

Assim, nos termos do artigo 280º da Constituição, cabe recurso das decisões (1) que *recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade* (chamado de recurso de decisões positivas), (2) *que apliquem uma norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo* (recurso de decisões negativas), e (3) *que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional*.

Vale ressaltar que o Tribunal Constitucional não julgará no caso do controle difuso a questão substantiva, e sim a questão constitucional, e proferirá uma decisão final sobre ela. Ademais, os efeitos da decisão só se aplicarão ao caso específico que está sendo julgado, com a norma questionada no litígio, permanecendo em pleno vigor e efeito.

Para a finalidade didática de comparação entre os dois sistemas, cita-se aqui alguns elementos que podem suscitar questões interessantes quanto ao que se pode aproveitar entre um e outro sistema. Como, por exemplo, aspectos da composição e a forma de designação dos juízes será um tema de comparação, juntamente com traços de funcionamentos e as próprias competências dos tribunais.

⁸⁴ Cf. artigo 15º, n.º 3; n. 5, da Lei nº 67/2007: 3. O Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais. 5. A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.

⁸⁵ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017.

⁸⁶ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 124. SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 305.

Por exemplo, o Tribunal Constitucional é formado por 13 Juízes Conselheiros. Neste ponto, seis precisam ser selecionados numa estrutura de magistrados de outros tribunais e sete são selecionados entre juristas, a fim de cumprirem um mandato não vitalício, que se renova a cada nove anos.

Em relação à modalidade que são designados, dez deles participam de uma eleição na Assembleia da República e exigida maioria qualificada representada por 2/3 dos deputados e os outros são escolhidos por estes dez juízes selecionados pela Assembleia da República por meio de uma eleição que exige sete votos a favor, sem precisar de nenhuma confirmação do Presidente.

Vide o que alude o art. 222 da CRP:

O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes. 2. Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas. 3. O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável. 4. O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes. 5. Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais. 6. A lei estabelece as imunidades e as demais regras relativas ao estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional⁸⁷.

Em termos de funcionamento, a divisão acontece em sessões do Pleno para as questões que são próximas da fiscalização abstrata de constitucionalidade⁸⁸ “– ou em três secções, não especializadas – responsáveis, fundamentalmente, pelo conhecimento dos recursos relativos à fiscalização concreta”⁸⁹.

Existem, no entanto, situações em que os magistrados podem exercer individualmente sua prerrogativa decisória, nos termos de decisões sumárias⁹⁰. Em relação à participação, divulgação e clareza/transparência, importa ressaltar que no Tribunal

⁸⁷ Cfr. art. 222º, da CRP e 12º, 13º e 21º, da Lei do Tribunal Constitucional. Art. 13º: 1 - Podem ser eleitos juízes do Tribunal Constitucional os cidadãos portugueses no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos que sejam doutores, mestres ou licenciados em Direito ou juízes dos restantes tribunais. 2 - Para efeito do número anterior, só são considerados os doutoramentos, os mestrados e as licenciaturas por escola portuguesa ou oficialmente reconhecidos em Portugal. Artigo 21.º Período de exercício 1 - Os juízes do Tribunal Constitucional são designados por um período de nove anos, contados da data da posse, e cessam funções com a posse do juiz designado para ocupar o respetivo lugar. 2 - O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional não é renovável. 3 - Os juízes dos restantes tribunais designados para o Tribunal Constitucional que, durante o período de exercício, completarem 70 anos mantêm-se em funções até ao termo do mandato.

⁸⁸ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 139.

⁸⁹ CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, p. 139; SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 305.

⁹⁰ Vide artigo 78º- A, nº 1, da Lei do Tribunal Constitucional.

Constitucional não ocorrem manifestações orais por parte das partes ou de seus advogados, não há a presença de *amicus curiae* e não são realizadas audiências públicas. As decisões são tornadas públicas no Diário Oficial e amplamente disponibilizadas na rede mundial de computadores, abarcando inclusive as opiniões divergentes⁹¹.

No que se refere ao encaminhamento para o julgamento e ao processo de construção das deliberações, ocorre uma discussão preliminar entre todos os juízes, que analisam o rascunho do parecer emitido pelo juiz responsável pelo caso⁹². Posteriormente, procede-se à votação gradativa, isto é, desmembrando as diversas questões levantadas no processo, e requerendo-se a maioria para cada uma delas, maioria esta necessária tanto para a decisão quanto para a justificativa, no caso das resoluções favoráveis à inconstitucionalidade.

De acordo com o dispositivo estabelecido no artigo 221º da Constituição, é atribuída ao Tribunal Constitucional a responsabilidade específica de administrar a justiça em questões de natureza jurídico-constitucional. Portanto, sua função primordial consiste em assegurar a salvaguarda da constituição. No entanto, o Tribunal é incumbido de diversas competências com base nas disposições constitucionais e legais.

Sobre o tema, a análise de Sacramento é a de que:

A doutrina divide suas competências em: competências *nucleares* e competências *complementares* (ou *não nucleares*). No primeiro grupo estão o controle de constitucionalidade (abstrato e concreto) e de algumas formas de ilegalidade (chamada *ilegalidade qualificada*). No segundo grupo, incluem-se competências relativas ao mandato do Presidente da República, a atos e a processos eleitorais, ao contencioso parlamentar, a partidos políticos, coligações e frentes, a organizações que perfilhem a ideologia fascista, a referendos nacionais, regionais e locais e a declarações de titulares de cargos políticos⁹³.

⁹¹ Artigo 42º, nº 4, da Lei do Tribunal Constitucional.

⁹² Cfr. artigo 63º, nº 1, da Lei do Tribunal Constitucional.

⁹³ “Somente a título exemplificativo, o Tribunal é competente para: verificar a morte do Presidente, declarar sua incapacidade física permanente, verificar os impedimentos temporários e a perda do cargo nos casos previstos na Constituição; receber e admitir as candidaturas para Presidente da República, bem como verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial dos candidatos ao cargo; julgar os recursos em matéria de contencioso de apresentação de candidaturas e de contencioso eleitoral relativamente às eleições para Presidente da República, Assembleia da República, Assembleias regionais e órgãos do poder local; verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações; verificar e declarar se uma organização perfilha a ideologia fascista e decretar a respetiva extinção; apreciar a regularidade e a legalidade das contas dos partidos políticos e aplicar as eventuais sanções; realizar a verificação prévia da constitucionalidade e da legalidade dos referendos; receber e apreciar as declarações de património e de rendimentos dos titulares de cargos políticos”. SACRAMENTO, Bruno. Déficit e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. In: ALEXANDRINO, J. M. (Org.) *Estudos sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa*. Vol. II – *Brasil e Portugal*. Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 303-360, p. 305.

No entanto, não se encontram abrangidas em suas atribuições o exercício de certas funções características da jurisdição constitucional, tais como garantir a salvaguarda dos direitos fundamentais por meio de procedimentos específicos, intermediar litígios de autoridade entre os órgãos máximos do Estado e resolver contendas entre o Estado e outras instituições públicas territoriais, o que será melhor desenvolvido no próximo capítulo⁹⁴.

Feitas estas demarcações mais específicas sobre a estrutura, funcionamento e algumas realidades do Tribunal Constitucional, passa-se agora a uma análise do outro sistema a ser comparado na presente pesquisa: o Supremo Tribunal Federal.

2.2. O Supremo Tribunal Federal e o Controle de Constitucionalidade no Brasil

O Supremo Tribunal Federal ocupou uma posição de protagonismo em assuntos polêmicos e de relevante interesse social nas últimas décadas por meio dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade fomentados, especialmente, a partir da Constituição de 1988.

Alguns casos possuem uma extrema notoriedade, como o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132), afastamento da punibilidade nos casos de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54) e constitucionalidade das políticas de ações afirmativas (Ação Declaratória de Constitucionalidade 41).

O Supremo Tribunal Federal não surgiu a partir de um pressuposto teórico engessado, mas de um processo histórico que o construiu e o aperfeiçoou gradativamente. Em verdade, sua estruturação se confunde com o próprio percurso traçado pela humanidade⁹⁵. Não há como negar que as instituições são moldadas de acordo com o espaço e o tempo nos quais estão inseridas.

Sendo assim, o Poder Judiciário teve sua atuação dimensionada com base nas necessidades de cada período de tempo, de acordo com cada lugar, o que ensejou atribuições distintas ao redor do mundo. No Brasil, um delineamento preciso das funções do Poder

⁹⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 139.

⁹⁵ MUZZI FILHO, Carlos Victor; MURTA, Antônio Carlos Diniz. O controle de constitucionalidade no Brasil: dilemas históricos do Supremo Tribunal Federal e as reformas do século XXI. *Conpedi Law Review*, 2016, 2.2: 315-334.

Judiciário – em especial da Corte Suprema – foi empreendido na Constituição Federal de 1988.

Até aquele ano, as controvérsias constitucionais e infraconstitucionais poderiam ser objeto do mesmo instrumento, qual seja o recurso extraordinário. A Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe, além de outros aspectos, uma nova sistematização para o Poder Judiciário brasileiro – a mais evidente foi a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que passou a ter a atribuição de julgar as controvérsias infraconstitucionais por meio do recurso especial (REsp).

Não é difícil perceber que uma das razões do advento do STJ foi segregar funções para desobstruir o fluxo processual do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, a doutrina à época levantava a hipótese de que com a instituição do novo órgão judiciário, a problemática da sobrecarga de trabalho que resvalava sobre a Corte Suprema estaria resolvida, com uma expectativa de redução de até setenta por cento dos processos relacionados a recursos extraordinários, diante da possibilidade de redistribuição dos mesmos⁹⁶. Tal expectativa não se concretizou no campo fático, visto que o número de feitos aguardando julgamento pelo Supremo Tribunal Federal continuou alto e estagnado.

O problema da sobrecarga de trabalho ganhou a companhia de uma falha sistêmica relacionada ao apego do Poder Judiciário ao tradicionalismo civilista: as decisões dos tribunais superiores não detinham a autoridade devida perante os demais órgãos e eram constantemente desrespeitadas⁹⁷.

Tal fato resultou na reiterada reanálise de casos análogos pelo Supremo Tribunal Federal, surgindo a problemática da possibilidade de existirem decisões manifestamente controversas a respeito de uma mesma questão constitucional. Em conclusão, o STF se viu encarregado de apreciar e julgar os processos que já eram de sua incumbência e aqueles que sobrevinham da falha suscitada.

A própria Constituição Federal tangenciava a solução para as dificuldades apresentadas, como o disposto no art. 97, por meio da chamada “cláusula de reserva do plenário”. O Supremo Tribunal Federal, em reforço a essa previsão, editou a Súmula Vinculante n.º 10, que ampliava a abrangência do art. 97⁹⁸.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 185.

⁹⁸ MUZZI, Carlos Victor Filho; Antônio Carlos Diniz Murta. *Op. cit.*, p. 320.

Assim, vejamos:

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

Súmula Vinculante n.º 10, do STF:

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

Apesar das soluções apresentadas, há que se levar em consideração que o excesso de trabalho do STF não diz respeito tão somente ao que pode ou não ser objeto de apreciação da Corte por meio de Recurso Extraordinário, mas ao próprio fundamento jurídico de validade de todo o ordenamento: a Constituição⁹⁹.

Em análise acertada, Oscar Vilhena Vieira suscitou a questão do alto grau analítico da Carta Magna de 1988, no sentido de que o diploma abrange não somente questões puramente constitucionais, mas questões que atingem searas sociais, econômicas e públicas, ao aduzir que: “a equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, desagua no Supremo”¹⁰⁰.

Outra mudança que convém detalhar, foi o significativo aumento da abrangência do controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos a partir da Constituição Federal de 1988.

Neste ponto, cabe fazer uma breve digressão histórica, a título de comparação e de comprovação do mencionado. Os primeiros resquícios de controle concentrado no ordenamento jurídico brasileiro podem ser visualizados a partir da Constituição Federal de 1934, com a ação direta interventiva. Pouco mais de 30 anos depois, por meio da Emenda Constitucional n.º 16, o STF passou a apreciar e julgar, originalmente, a representação de inconstitucionalidade.

⁹⁹ SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 315 exemplifica a dizer que: “no ano de 1990 e em 1991, foram distribuídos pouco mais de 10.000 (dez mil) recursos extraordinários em cada ano. Já em 1997, o número de recursos extraordinários chegou a quase 15.000 (quinze mil), ultrapassando a casa dos 44.000 (quarenta e quatro mil) recursos extraordinários em 2003 e alcançando a inacreditável marca de 54.575 (cinquenta e quatro mil, quinhentos e setenta e cinco) recursos extraordinários em 2006. Informações estatísticas sobre o número e o tipo de processos e recursos distribuídos no Supremo Tribunal Federal”.

¹⁰⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista Direito GV*, 2008, 4: 441-463, p. 447.

Nesse momento, a legitimidade para a proposição era bastante restrita: somente o Procurador-Geral da República a detinha. Uma boa diferença com relação a ordem jurídica instituída pela CF/88, posto que o rol de legitimados ativos para a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade aumentou significativamente¹⁰¹, em especial após a Emenda Constitucional 45.

Vejamos o disposto no art. 103, da Constituição Federal de 1988:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É nítida a preocupação do constituinte em estruturar um sistema de controle de constitucionalidade íntegro e potencializado¹⁰², demonstrando uma preocupação relevante com a atribuição de eficácia à Carta Magna de 1988 e aproximando-se ainda mais da ideia de que a Constituição é o fundamento jurídico de validade das demais normas, expurgando do direito pátrio aquelas que não seguem os ditames previstos na lei maior¹⁰³.

Esse aspecto também é uma postura que representa a quebra de paradigmas assentada pela CF/88, tendo em vista que a essência do ordenamento jurídico passou a ser a constitucionalização. Em outras palavras, não há que se falar em edição de leis e atos normativos sem a devida observância dos mandamentos de otimização constitucionais, especialmente no que tange aos direitos fundamentais¹⁰⁴.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017, p. 102.

¹⁰² BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

¹⁰³ SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 324.

¹⁰⁴ “Através do controle de constitucionalidade percebe-se, também, a possibilidade da proteção dos direitos das minorias, esquecidas, muitas vezes, pelos poderes políticos eleitos, momento em que se visualiza o papel contramajoritário exercido pelo Supremo Tribunal Federal. As políticas de ação afirmativa, que nascem no intuito de ser ver garantido o princípio da igualdade material, assegurado tanto pela ordem jurídica internacional, quanto pela Constituição Federal de 1988, são, não raras vezes, questionadas pela sociedade, como se verificou no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 (ADC 41), ajuizada em razão da controvérsia judicial quanto à constitucionalidade da política de ação afirmativa referente às vagas reservadas para negros em concursos públicos da administração pública federal”. LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das

Não se pode negar que a praticidade conferida ao controle concentrado de constitucionalidade contribuiu para o aumento da proposição de recursos extraordinários ao STF. A praticidade em referência é a concernente ao rol de legitimados ativos atuantes nesse tipo de controle.

A partir da exaltação prática e normativa da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), formou-se no Brasil um sistema de controle de constitucionalidade um tanto peculiar em virtude da coexistência dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, no que se convencionou chamar de sistema híbrido¹⁰⁵⁻¹⁰⁶.

Detalhadamente, no ordenamento jurídico brasileiro existem quatro ações diretas de controle de constitucionalidade, que podem ser propostas pelos legitimados citados anteriormente – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Além disso, existe a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade realizado por juízes e tribunais para afastar a aplicação de lei inconstitucional sobre um caso concreto. Referido controle pode ser exercido por meio de diversos instrumentos constitucionalmente previstos.

Ainda, para fomentar a solução para a redução da sobrecarga de processos no STF, deu-se especial atenção às decisões monocráticas proferidas por relatores. A questão é que isso poderia até resolver o problema quantitativamente, mas qualitativamente deixa a desejar, visto que o que ocorreu foi um movimento de produção em massa de decisões¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

Além das soluções apresentadas até o presente momento, cabe citar mais algumas que ganharam destaque a partir da nova ordem jurídica-constitucional, quais sejam: necessidade de comprovação de repercussão geral da controvérsia constitucional; incidente de resolução de demandas repetitivas e edição de súmulas vinculantes. Para José dos Santos

minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos). *Revista de Investigações Constitucionais*, 2021, 8: 507-528, p. 528.

¹⁰⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2.ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 91.

¹⁰⁶ BONIZZU, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. *Revista de Processo*, 2017, p. 543-578.

¹⁰⁷ MUZZI FILHO, Carlos Victor; MURTA, Antônio Carlos Diniz. O controle de constitucionalidade no Brasil: dilemas históricos do Supremo Tribunal Federal e as reformas do século XXI. *Conpedi Law Review*, 2016, 2.2: 315-334.

¹⁰⁸ “O Supremo poderia melhorar a qualidade de seu processo deliberativo. Em primeiríssimo lugar deveriam ser restringidas, ao máximo, as competências de natureza monocráticas”.

Carvalho Filho, houve uma tentativa de simplificar a atuação do STF a partir do assentamento de teses advindas do julgamento de processos-paradigma. Para o jurista, o termo dualidade deve dar lugar a ecleticidade quando se fala do sistema de jurisdição constitucional brasileiro¹⁰⁹.

No sistema normativo infraconstitucional também é possível verificar o movimento tendente a diminuir o fluxo processual e, por conseguinte, a morosidade do judiciário. Como exemplo, podemos elencar as previsões do Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente, nos arts. 926, 927 e 928¹¹⁰, do diploma processual citado.

Apesar dos problemas surgidos, há de se convir que o aperfeiçoamento do sistema híbrido é de fundamental relevância para a consecução de um ordenamento jurídico pautado na eficácia dos direitos humanos, diante da insuficiência do controle concentrado no plano prático para atingir tal objetivo¹¹¹.

¹⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, 2: 50, 92-93.

¹¹⁰ Vide: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 1998, esp.: 159-185, p. 173.

Para muitos, no entanto, o problema reside no fato de que o STF assumiu atribuições que vão além daquelas classicamente atribuídas a uma corte constitucional¹¹². No Brasil, a Corte Suprema é uma corte constitucional, uma corte recursal e uma corte de única ou última instância¹¹³.

Corte constitucional, porque é encarregada de atuar no controle concentrado de constitucionalidade. Corte recursal, na medida em que aprecia e julga recursos ordinários e extraordinários. Corte de única ou última instância, em virtude das ações originárias que devem ser propostas diretamente a ela (*vide* o rol de competências do STF no art. 102, da CF/88¹¹⁴).

¹¹² Cfr. MORAES, A. de. (2000). *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição* (Tese (Doutorado)). São Paulo: Universidade de São Paulo, pp. 210-214.

¹¹³ Tais atribuições geram um problema destacado pelo fato de que: “Os dados levantados mostram que o Supremo Tribunal Federal, quando atua como corte originária com relação aos crimes cometidos por agentes com foro especial por prerrogativa de função (foro privilegiado), normalmente não consegue analisar o mérito das investigações ou acusações apresentadas pela PGR. [...]. Os dados mostram que o tempo para publicação de acórdãos, o tempo em conclusão ao revisor, a duração e o excesso dos recursos internos e, acima de tudo, a avassaladora frequência do declínio de competência prejudicam o processamento de inquéritos e ações penais no Supremo.” FALCÃO, Joaquim, et al. *V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito RIO, 2017, p. 488.

¹¹⁴ 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; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam diretos ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político;

Em verdade, o que ocorreu com o STF a partir da instituição da nova jurisdição constitucional foi uma amplificação funcional, no sentido de que sua estrutura não sofreu profundas transformações, diferente de suas funções. À Corte Suprema, foi atribuído um arcabouço robusto de competências, consubstanciadas em poderes e deveres. Essa é a modificação crucial a ser levada em consideração.

Uma das competências atribuídas ao STF que é alvo de discordâncias significativas por supostamente conflitar com o princípio da separação dos poderes é o fato de a Corte Suprema ser encarregada de julgar infrações penais comuns do Presidente da República, do Vice-Presidente, dos membros do Congresso Nacional e do Procurador-Geral da República e infrações penais comuns e crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica – com ressalvas, dos membros dos Tribunais Superiores, dos membros do Tribunal de Contas da União e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente.

A ADI 239-7/600 declarou a inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 190, o que acabou por restringir o âmbito de discricionariedade do Poder Executivo em relação as medidas provisórias, vedando suas reedições. Quantos aos mandados de injunção (MI), o MI 107 reconheceu a natureza mandamental do mandado de injunção e a auto aplicabilidade do art. 5º, inciso LXXI, da CF/88, ordenando que fosse adotado, no que coubesse o procedimento do Mandado de Segurança. No MI 283 se estipulou prazo para que fosse suprida a lacuna advinda da mora legislativa, assegurando-se aos interessados a satisfação dos direitos prejudicados¹¹⁵.

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.

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

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

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹¹⁵ MANDADO DE INJUNÇÃO: MORA LEGISLATIVA NA EDIÇÃO DA LEI NECESSÁRIA AO GOZO DO DIREITO A REPARAÇÃO ECONÔMICA CONTRA A UNIÃO, OUTORGADO PELO ART. 8., PAR. 3., ADCT: DEFERIMENTO PARCIAL, COM ESTABELECIMENTO DE PRAZO PARA A PURGAÇÃO DA MORA E, CASO SUBSISTA A LACUNA, FACULTANDO O TITULAR DO DIREITO OBSTADO A OBTER, EM JUÍZO, CONTRA A UNIÃO, SENTENÇA LÍQUIDA DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. 1. O STF ADMITE - NÃO OBSTANTE A NATUREZA MANDAMENTAL DO MANDADO DE

Para alguns juristas, no Brasil, e em outros países em desenvolvimento, depositou-se uma expectativa exagerada na estruturação das Cortes Supremas, de forma que elas passaram a significar, sozinhas, a integridade do Poder Judiciário. Em outras palavras, a crescente atribuição de competências aos Tribunais Constitucionais foi vista como um certificado de credibilidade de todo um sistema jurídico. Ao invés do resultado esperado – justiça célere com prestação jurisdicional efetiva – fomentou-se a ultrapassada problemática do excesso de trabalho.

É importante destacar, numa primeira análise, que a definição do papel conferido ao Supremo Tribunal Federal ao longo da trajetória histórica não surgiu exclusivamente de teorias propostas, mas sim como resultado de complexos e intrincados eventos históricos¹¹⁶.

INJUNÇÃO (MI 107 - QO) - QUE, NO PEDIDO CONSTITUTIVO OU CONDENATÓRIO, FORMULADO PELO IMPETRANTE, MAS, DE ATENDIMENTO IMPOSSÍVEL, SE CONTEM O PEDIDO, DE ATENDIMENTO POSSÍVEL, DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO NORMATIVA, COM CIÊNCIA AO ÓRGÃO COMPETENTE PARA QUE A SUPRA (CF. MANDADOS DE INJUNÇÃO 168, 107 E 232). 2. A NORMA CONSTITUCIONAL INVOCADA (ADCT, ART. 8., PAR. 3. - "AOS CIDADÃOS QUE FORAM IMPEDIDOS DE EXERCER, NA VIDA CIVIL, ATIVIDADE PROFISSIONAL ESPECÍFICA, EM DECORRÊNCIA DAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA N. S-50-GM5, DE 19 DE JUNHO DE 1964, E N. S-285-GM5 SERÁ CONCEDIDA REPARAÇÃO ECONÔMICA, NA FORMA QUE DISPUSER LEI DE INICIATIVA DO CONGRESSO NACIONAL E A ENTRAR EM VIGOR NO PRAZO DE DOZE MESES A CONTAR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO" - VENCIDO O PRAZO NELA PREVISTO, LEGITIMA O BENEFICIÁRIO DA REPARAÇÃO MANDADA CONCEDER A IMPETRAR MANDADO DE INJUNÇÃO, DADA A EXISTÊNCIA, NO CASO, DE UM DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL DE EXERCÍCIO OBSTADO PELA OMISSÃO LEGISLATIVA DENUNCIADA. 3. SE O SUJEITO PASSIVO DO DIREITO CONSTITUCIONAL OBSTADO E A ENTIDADE ESTATAL A QUAL IGUALMENTE SE DEVA IMPUTAR A MORA LEGISLATIVA QUE OBSTA AO SEU EXERCÍCIO, E DADO AO JUDICIÁRIO, AO DEFERIR A INJUNÇÃO, SOMAR, AOS SEUS EFEITOS MANDAMENTAIS TÍPICOS, O PROVIMENTO NECESSÁRIO A ACAUTELAR O INTERESSADO CONTRA A EVENTUALIDADE DE NÃO SE ULTIMAR O PROCESSO LEGISLATIVO, NO PRAZO RAZOÁVEL QUE FIXAR, DE MODO A FACULTAR-LHE, QUANTO POSSÍVEL, A SATISFAÇÃO PROVISÓRIA DO SEU DIREITO. 4. PREMISSAS, DE QUE RESULTAM, NA ESPÉCIE, O DEFERIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO PARA: A) DECLARAR EM MORA O LEGISLADOR COM RELAÇÃO A ORDEM DE LEGISLAR CONTIDA NO ART. 8., PAR. 3., ADCT, COMUNICANDO-O AO CONGRESSO NACIONAL E A PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; B) ASSINAR O PRAZO DE 45 DIAS, MAIS 15 DIAS PARA A SANÇÃO PRESIDENCIAL, A FIM DE QUE SE ULTIME O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI RECLAMADA; C) SE ULTRAPASSADO O PRAZO ACIMA, SEM QUE ESTEJA PROMULGADA A LEI, RECONHECER AO IMPETRANTE A FACULDADE DE OBTER, CONTRA A UNIÃO, PELA VIA PROCESSUAL ADEQUADA, SENTENÇA LÍQUIDA DE CONDENAÇÃO A REPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DEVIDA, PELAS PERDAS E DANOS QUE SE ARBITREM; D) DECLARAR QUE, PROLATADA A CONDENAÇÃO, A SUPERVENIÊNCIA DE LEI NÃO PREJUDICARÁ A COISA JULGADA, QUE, ENTRETANTO, NÃO IMPEDIRÁ O IMPETRANTE DE OBTER OS BENEFÍCIOS DA LEI POSTERIOR, NOS PONTOS EM QUE LHE FOR MAIS FAVORÁVEL. STF/MI 283 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. RELATOR (A): MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE. JULGAMENTO: 20/03/1991. ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO. PUBLICAÇÃO DJ 14-11-1991.

¹¹⁶MUZZI FILHO, Carlos Victor; MURTA, Antônio Carlos Diniz. O controle de constitucionalidade no Brasil: dilemas históricos do Supremo Tribunal Federal e as reformas do século XXI. *Conpedi Law Review*, 2016, 2.2: 315-334, p. 325. “Há que se observar, contudo, que a introdução da exigência de repercussão geral da questão constitucional faz lembrar a antiga classificação que se fazia das normas constitucionais, distinguindo-as entre normas materialmente constitucionais, cujo conteúdo dizia respeito à “forma de Estado”, ao “modo de

Efetivamente, conforme examinado previamente, a própria concepção do papel designado ao Poder Judiciário foi influenciada por uma série de fatores ao longo do percurso histórico, resultando em configurações distintas nas diversas nações ao redor do globo. Nesse sentido, a Constituição de 1988¹¹⁷ desempenha um papel especialmente relevante no contexto do sistema jurídico e da formação do controle de constitucionalidade do Estado brasileiro.

Quanto ao controle difuso, várias críticas foram direcionadas ao sistema brasileiro principalmente no que concerne ao respeito às decisões dos tribunais superiores haja vista o modelo ser bastante distinto do modelo norte-americano.¹¹⁸ Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal seria chamado reiteradas vezes para tratar de casos análogos, com possibilidade de decisões conflitantes. Assim, além do “congestionamento”, ainda haveria a possibilidade de decisões contrapostas.

Neste ponto, o artigo 97 da Constituição Federal de 1988¹¹⁹ reiterou previsões anteriores que traziam a ideia de uma “cláusula de reserva do plenário prevendo que “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”¹²⁰.

Ademais, por meio da Súmula Vinculante nº 10, o Supremo Tribunal Federal ainda especificaria o próprio âmbito de atuação do mencionado dispositivo, para rechaçar argumentos no sentido de que o tribunal não precisaria cumprir a cláusula de reserva de plenário quando “estaria declarando a inconstitucionalidade da lei em discussão, mas apenas afastando sua aplicação no caso concreto”¹²¹.

aquisição e exercício do poder”, à “estruturação dos órgãos de poder” e aos “limites de sua ação”, enquanto as normas formalmente constitucionais seriam aquelas que, “rigorosamente falando, não têm conteúdo constitucional. Ou seja, regras que não dizem respeito à matéria constitucional.”

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 1998, esp.: 159-185, p. 173.

¹¹⁸ CAPELLETTI, Mauro. *La justicia constitucional*. México: Estudios de Derecho Comparado, 1987, p. 185.

¹¹⁹ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

¹²⁰ Vide art. 97 da CR/88.

¹²¹ MUZZI FILHO, Carlos Victor; MURTA, Antônio Carlos Diniz. O controle de constitucionalidade no Brasil: dilemas históricos do Supremo Tribunal Federal e as reformas do século XXI. *Conpedi Law Review*, 2016, 2.2: 315-334, p. 330. Nesse sentido: “O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece essa necessidade de redução de suas competências, e ainda que de forma pontual, vem procurando alternativas pontuais, como as alterações regimentais que transferiram para as turmas do STF competências que, anteriormente, eram atribuídas ao Plenário do tribunal, buscando desafogar a congestionada pauta do Plenário. Mas esses ajustes internos são manifestamente insuficientes, porque apenas tangenciam o ponto nevrálgico da questão. Em um país com uma Constituição extremamente analítica, apenas o papel de corte constitucional já resultaria em

Ocorre que mesmo com as barreiras impostas e a redução considerável de matérias que poderiam ser objeto de Recurso Extraordinário, não ocorreu o declínio de recursos postos sob análise do Supremo Tribunal Federal. Nas razões possíveis, Oscar Vilhena Vieira explica que “a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, numa espécie de compromisso maximizador¹²²”.

De outro lado, também é importante considerar a ampliação do modelo concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos que também teve como marco divisório a CF/88.

Note-se que, muito embora, para alguns o controle concentrado tenha sua primeira aparição na Constituição Federal de 1934, com a criação da chamada *ação direta interventiva* e, posteriormente, tenha sido consignada na Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965 para atribuir competência originária do STF para apreciar e julgar a *representação de inconstitucionalidade*, aquela somente poderia ser proposta pelo Procurador-Geral da República (Ministério Público Federal), restringindo sobremaneira a legitimação ativa. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 cumpriu outro papel bastante relevante no sentido de ampliar a legitimidade para a propositura da *ação direta de inconstitucionalidade* (ADI), não mais restrita ao Procurador-Geral da República.

O Artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, trouxe um rol bem mais alargado de legitimados ativos o que também repercutiria na ampliação da atuação do Supremo Tribunal Federal.¹²³ Portanto, um complexo sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade

enorme volume de causas, em razão daquele compromisso maximizador já mencionado. Haveria que se cogitar, até mesmo, de uma redução dos temas a serem apreciados pelo STF, como já permitido com a definição das questões que tenham, ou não tenham, repercussão geral. Impossível é tentar resolver a crise preservando as outras múltiplas competências do STF”.

¹²² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, 2008, 4: 441-463, p. 448.

¹²³ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

foi consolidado e otimizado¹²⁴. Nas palavras de Bruno Sacramento, teria havido “uma verdadeira guinada ao sistema austríaco”¹²⁵.

Assim, nota-se que, de um lado, houve uma ampliação tanto na gama como na complexidade de temas trazidos pela CF/88. Neste sentido, uma novidade destacada é que diferentemente das Constituições anteriores onde se abarcava apenas a noção de uma dimensão subjetiva no que tange aos direitos fundamentais, a CF/88 buscou uma qualificação material dos direitos fundamentais, “configurando uma verdadeira ordem objetiva de valores”, ou seja, “toda a ordem jurídica deve voltar-se para as bases principiológicas da Constituição, os direitos nela contemplados passam a ter efeito sobre todas as esferas do direito”¹²⁶.

Sob outro prisma, embora já previsto em outros diplomas normativos, o controle concentrado ganhou especial relevo prático, haja vista poder ser proposto por um número maior de legitimados. Portanto, estaríamos diante de uma ampliação tanto no número de recursos extraordinários dirigidos a Suprema Corte como também de ações objeto do controle concentrado.

Disso decorre que, após a vigência da Constituição Federal de 1988 houve uma alteração na “*praxis*” brasileira, com a ampliação do controle concentrado, e um especial relevo ao papel assumido pela ADI (Ação declaratória de Constitucionalidade), que conduziram a “novo cenário, em que se pode afirmar o surgimento de um peculiar modelo de controle de constitucionalidade brasileiro”, resultante do amálgama do modelo concentrado com o modelo difuso.¹²⁷ Sistema “híbrido”¹²⁸⁻¹²⁹.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

¹²⁴ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 175.

¹²⁵ SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 324.

¹²⁶ LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos). *Revista de Investigações Constitucionais*, 2021, 8: 507-528, p. 514.

¹²⁷ MUZZI FILHO, Carlos Victor; MURTA, Antônio Carlos Diniz. O controle de constitucionalidade no Brasil: dilemas históricos do Supremo Tribunal Federal e as reformas do século XXI. *Conpedi Law Review*, 2016, 2.2: 315-334, p. 314.

¹²⁸ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2.ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 91.

¹²⁹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. In: *Revista de Processo*. 2017. p. 543-578.

Como já mencionado, a CF/88 trouxe outros mecanismos para o controle de constitucionalidade das leis com a ADC (ação declaratória de constitucionalidade, criada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, bem como a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), bem como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) que, embora prevista no texto original, foi implementada a partir da edição da Lei nº 9.882, de 3 dezembro de 1999¹³⁰.

Ainda seguindo a sistemática de buscar reduzir o volume gigante de demandas postos sob análise do STF, houve uma tentativa de se atribuir maior relevo às competências monocráticas dos relatores nos processos no Supremo Tribunal Federal, o que para alguns não apenas não teria solucionado a questão, mas até agravado a situação por ter como efeito colateral a perda na qualidade por conta da pulverização das decisões¹³¹⁻¹³².

Outras tentativas ainda foram feitas, no sentido de minimizar a sobrecarga como: a exigência de repercussão geral da questão constitucional; rito processual específico para os recursos repetitivos e a criação da súmula vinculante. Traços tão marcantes que fizeram com que José dos Santos Carvalho Filho afirmasse que “não se trata de um modelo dual, mas do sistema brasileiro eclético de jurisdição constitucional”.¹³³ Seria uma busca de racionalização da prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal que passou a julgar “apenas o processo-paradigma de cada tema, no qual firma a tese que orienta a resolução de todos os casos com idêntica controvérsia”.

No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015 ainda padronizaria a resolução das questões constitucionais (recurso extraordinário) ou questões de direito federal (recurso especial) repetitivas, regulando, assim, “mais uma técnica destinada a viabilizar a criação de precedentes vinculantes (...) quando do exame de casos nos quais se discutam as mesmas questões de direito”.

E o dilema está posto, muito embora haja certo consenso sobre a questão da sobrecarga, a utilização do sistema difuso, nas palavras de José Afonso da Silva, tem acentuada importância haja vista que apenas o controle concentrado “não seria suficiente para a organização de um sistema eficaz de proteção aos direitos humanos, pois tal

¹³⁰ MUZZI, Carlos Victor Filho; Antônio Carlos Diniz Murta. *Op. cit.*, p. 315.

¹³¹ Idem, p. 330.

¹³² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 48.

¹³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, pp. 92-93.

competência”¹³⁴. Assim, ambos sistemas de controles fazem parte da essência deste sistema “híbrido”, desenvolvido gradativamente no Brasil.

Ocorre que para alguns autores esta “última grande tentativa de transformar o Supremo em uma corte constitucional minimamente viável, a EC 45, até agora falhou”¹³⁵, esclarecendo que o grande problema é que, na prática é “como três cortes distintas, com três personas fundidas em apenas uma instituição”. E concluem no sentido de que, apenas no plano jurisdicional (para além das suas funções administrativas), o STF atuaria como: corte constitucional propriamente dita (controle concentrado de constitucionalidade); b) corte recursal (recursos extraordinários e ordinários); e c) corte de única instância (ações originárias). Nesse mesmo sentido, Alexandre de Moraes afirma que o Supremo Tribunal Federal brasileiro possui múltiplas atribuições jurisdicionais que extrapolam as competências clássicas conferidas as cortes constitucionais com base no tradicional modelo europeu¹³⁶.

Desta forma, transbordando as funções típicas de jurisdição constitucional que estariam relacionadas ao julgamento de litígios envolvendo conflitos entre entes, ao controle de constitucionalidade de atos normativos, bem como à proteção de direitos fundamentais, mas também atuaria originariamente a Suprema Corte brasileira:

no julgamento das infrações penais comuns supostamente cometidas por altas autoridades, no pedido de extradição solicitado por Estado estrangeiro, os conflitos de competência entre os tribunais superiores e outros tribunais, os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data contra atos praticados por órgãos da cúpula do Poder, ou por altas autoridades, entre outras espécies de litígios¹³⁷.

Esse ponto é digno de nota, pois o julgamento de altas autoridades por infrações penais comuns tem sido uma das razões de endereçamento de severas críticas ao STF por suposta afronta à separação de poderes.

Dito tudo isto, importante notar, por meio de alguns dos precedentes firmados pela Suprema Corte brasileira, os avanços e/ou retrocessos verificados após a CF/88.

Por meio da ADI 239-7/600, o STF considerou a Medida Provisória nº 190 inconstitucional, ou seja, houve ali uma decisão que limitou a discricionariedade do Poder

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 173.

¹³⁵ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar. *Op. cit.*, p. 488.

¹³⁶ Cfr. MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, pp. 210-214.

¹³⁷ SACCHETTO, Thiago Coelho. As Transmissões Midiáticas das Sessões de Julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, 2018, 16.22: 204-224.

Executivo quanto às Medidas Provisórias o que, posteriormente, também restaria delimitado pela Emenda Constitucional n.º 32.¹³⁸

No que tange à análise dos Planos Econômicos brasileiros, o Supremo demonstrou certa morosidade. De um lado, na maioria das vezes as discussões sobre resíduos inflacionários somente foram apreciadas por meio de recursos extraordinários, ou seja, na via incidental. E, quando foram objeto por meio de ação direta de constitucionalidade, a exemplo do Plano Collor, negou-se concessão de liminar, em que pese a Justiça Ordinária, já àquela altura apontar unisonamente a flagrante inconstitucionalidade.¹³⁹

Analisando os Mandados de Injunção emblemáticos colocados sob apreciação do Supremo Tribunal Federal após 1988, destaca-se o Mandado de Injunção 107 que previu a autoaplicabilidade do instituto, contudo, limitou à comunicação do poder/órgão/entidade ou autoridade envolvida na prática do ato, sendo que no MI 419-9 não houve ainda fixação de prazo para o suprimento da omissão legislativa e, muito embora o MI 283 tenha fixado prazo para promulgação e sanção da lei que sanasse a omissão, em não havendo cumprimento por parte do legislativo, aquela ordem se converteria em direito líquido e certo para viabilização de ação por perdas e danos, ou seja, teria havido a “*monetização da violação pelo Estado de direitos fundamentais garantidos e positivados na Constituição*”). Ademais, no caso MI 232 negou-se a possibilidade de efetivação de direitos individuais por meio de mandado de injunção.¹⁴⁰

No âmbito do processo legislativo e do poder constituinte derivado de reforma, na interpretação dada quanto ao alcance e atributos da revisão constitucional previsto no art. 3º dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevaleceu os interesses do Governo Federal, no sentido de implantar alterações constitucionais, com a aprovação de 6 (seis) emendas, em que pese doutrina majoritária em sentido contrário, para quem somente em caso de plebiscito favorável à monarquia constitucional ou parlamentarismo poderíamos falar em alterações por revisão, senão pelas outras vias estabelecidas¹⁴¹.

E, não obstante precedente histórico do Mandado de Segurança 22.503-3/DF, onde se admitiu a “legitimidade aos parlamentares ao devido processo de elaboração legislativa,

¹³⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2004.

¹³⁹ Idem, p. 315.

¹⁴⁰ Idem, pp. 315-316.

¹⁴¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, pp. 320-321.

desde que ligados à previsão de procedimento inculcado no texto constitucional”, o Supremo tem adotado postura bastante formalista quanto aos atos *interna corporis*.

Assim, esses atos têm sido considerados imunes ao controle prévio da constitucionalidade em mandados de segurança que tenham por fundamento a interpretação do regimento interno Casa Legislativa, excluindo-os, por conseguinte, do conceito de ‘*bloco de constitucionalidade*’, sendo ainda desprezados os vícios materiais de constitucionalidade. Essa postura comedida e, por vezes, influenciada pela pressão popular e da imprensa, ficou patente no caso do julgamento quanto ao processo de impeachment do ex-presidente Fernando Collor Melo, quando a análise sobre a pena para inabilitação para as funções políticas (pena acessória da perda do mandato), contou com um “constrangedor empate de 4 (quatro) a favor e outros 4 (quatro) votos contra a concessão da segurança”. De onde se extrai que o Tribunal ficou “entre o jurídico e a pressão política das ruas”¹⁴².

De se mencionar, por oportuno, as observações feitas por Thiago Coelho Sacchetto, quanto à exposição das seções de julgamento do Supremo Tribunal Federal no Brasil, para quem isto asseguraria o atendimento aos princípios da publicidade e transparência das atividades públicas e em respeito ao direito fundamental à informação. Isto porque, os procedimentos deliberativos por meio dos quais as cortes constitucionais constroem as suas decisões devem ser divulgados para a sociedade por intermédio de meios de comunicação com significativa capacidade comunicativa para expor a feição (política ou jurídica) dos julgamentos realizados por esses órgãos de Justiça constitucional. Portanto, no seu entendimento “otimizar a possibilidade de exposição e controle do discurso utilizado pelos juízes constitucionais tem notável relevância jus política para o Estado Democrático de Direito”¹⁴³.

De fato, foram implementadas uma série de instrumentos no que se refere à participação, publicidade e transparência do funcionamento do Tribunal, sendo públicos todos os julgamentos¹⁴⁴. Os acórdãos e decisões são publicados no Diário da Justiça, em versão impressa e eletrônica, além de serem disponibilizados na internet, possuindo o inteiro teor dos votos e a transcrição dos eventuais debates orais. Aqui, vale o registro que esta

¹⁴² Idem, pp. 323-324.

¹⁴³ SACCHETTO, Thiago Coelho. As Transmissões Midiáticas das Sessões de Julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, 2018, 16.22: 204-224, p. 214.

¹⁴⁴ Transmissão ao vivo “pela TV Justiça¹⁴⁴, Rádio Justiça e no canal oficial do Supremo no YouTube”. SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 305.

superexposição midiática está longe de contar com aplausos de todos no Brasil sendo, como se verá adiante, um dos pontos de inflexão sobre a intromissão indesejável do judiciário em questões políticas, mormente quando feitas de maneira monocrática.

Para além da questão dos efeitos das pressões populares e midiáticas, bem como do possível aprimoramento democrático pela transmissão de parte das seções de julgamento do Supremo Tribunal Federal, o que se depreende dos precedentes destacados acima é que “a capacidade de o Supremo vir a ser guardião único dos valores constitucionais, tal como pretendem comunitaristas e positivistas brasileiros” parece ter sido frustrada haja vista a insuficiência e incapacidade verificada em tutelar de forma isolada ao longo dos últimos 110 anos de nossa história¹⁴⁵.

Professor Álvaro Souza Cruz destaca ainda que em países do Terceiro Mundo, nos quais inclui-se o Brasil, parece ter havido uma projeção pouco crítica quanto à criação das Cortes Constitucionais quase como se fossem uma “exigência da modernidade”, apta a resgatar a “credibilidade da Justiça por meio de decisões gerais e vinculativas, sob o argumento de que tal mudança permitiria uma prestação jurisdicional mais ágil, célere e equânime”¹⁴⁶. Neste ponto, a construção histórica que culminou na criação do Tribunal Constitucional em Portugal parece bem mais salutar.

No caso do Brasil, em parte em razão do pensamento positivista arraigado em sua respectiva cultura jurídica, por vezes se pressupõe que os Ministros do Supremo estariam aptos a enfrentar as dificuldades “no exercício da Jurisdição Constitucional, especialmente aquelas ligadas à influência da política governamental, inclusive nos momentos de ameaça ao regime democrático”.

Neste caso, haveria uma verdadeira Corte Constitucional, em que se destacariam as "sentenças normativas com sentido aditivo e substitutivo, a declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade", as "sentenças transitivas", lastreados no “constitucionalismo forjado pelo paradigma social de Direito”. Ocorre que esta tendência “verticalizante” não seria o mais recomendável, sendo importante “moldar a via concentrada tendo por base a Teoria Discursiva de Habermas (...) de forma a garantir a legitimidade da jurisdição constitucional”, para concluir que o STF não é “o guardião” da constituição, mas um dos guardiões, sendo

¹⁴⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo. *Op. cit.*, p. 324.

¹⁴⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, p. 446.

“preciso lembrar que o efeito vinculante de uma decisão só é legítimo quando feito pela persuasão do melhor e mais adequado argumento!”¹⁴⁷. Isto se torna sobremaneira importante quando se verifica uma escalada no volume de decisões monocráticas com baixo alinhamento de fundamentação no pleno do STF, conforme veremos adiante.

Assim, notam-se pontos bastante relevantes na evolução do papel atribuído ao Supremo Tribunal no Brasil. De um lado, tanto no controle difuso quanto no controle concentrado houve reiteradas tentativas de redução da sobrecarga posta sob a análise da suprema corte, muitas vezes, sem muito sucesso. Dentre as razões, aponta-se a ampliação e complexidade de temas trazidos pela CR/88, bem como a ampliação de legitimados ativos no controle concentrado. De outro lado, ao vislumbrarmos precedentes importantes do STF ainda se verifica uma postura titubeante frente à algumas questões políticas, bem como uma inclinação para enfatizar o controle concentrado, na esteira de outros países d América Latina. Em parte, por conta desta visão um pouco turva quanto ao papel do Supremo como “o” guardião que proferiria decisão gerais e vinculantes a proporcionar uma prestação jurisdicional bem mais célere e equânime que, como analisado, não vem se revelando na prática.

CAPÍTULO 3 – DISTINÇÕES E INSUFICIÊNCIAS RELEVANTES ENTRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A introdução acerca do sistema judiciário teve como propósito estabelecer uma comparação entre a estrutura desse ramo nos dois países, ressaltando o desenvolvimento histórico que embasou sua formação e, posteriormente, a instituição das Cortes Constitucionais. Inicialmente, tanto o Brasil quanto Portugal apresentam semelhanças ao adotarem a separação de poderes em três instâncias e valorizarem a harmonia entre elas, visto que ambas as nações possuem dispositivos constitucionais que regulam a convivência desses poderes.

Por ser um campo marcadamente complexo, a justiça constitucional nos dois países resulta em inúmeros processos de controle de constitucionalidade e questões surgem acerca da composição, dos mecanismos de tutela de direitos fundamentais, da uniformização da

¹⁴⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, p. 324.

jurisprudência, da discricionariedade do julgador e da sua atuação em questões políticas controversas.

Tendo em mente os traços fundamentais de ambos os sistemas, torna-se possível dar início à análise de suas principais características distintivas no âmbito do processo constitucional.

3.1. Uma visão crítica do modelo português

Numa análise do modelo português de fiscalização da constitucionalidade, as definições do sistema tornam o processo crítico em alguns pontos no âmbito das características identificadoras do regime. Estas ausências ou insuficiências revelam um sistema com limitações que afetam o cumprimento das competências e funções atribuídas ao Tribunal Constitucional. Numa estrutura didática, teceremos algumas considerações quanto aos pontos de questionamento, sendo eles: a falta de proteção adequada aos direitos fundamentais, o regime de omissão constitucional e a falta de proteção da autonomia das autarquias locais.

3.1.1. Proteção inadequada dos direitos fundamentais e o Tribunal Constitucional

Quando se trata da apreciação crítica do Tribunal Constitucional Português, a ausência de mecanismos que protegem os direitos fundamentais é frequentemente notada pela doutrina. Naturalmente, a Corte Constitucional é a guardiã da constituição, o que inclui a proteção dos direitos fundamentais nela inscritos.

Não há, porém, no Tribunal Constitucional, uma ferramenta capaz de analisar violações aos direitos fundamentais, a não ser que estas estejam diretamente ligadas a normas. Em outras palavras, significa dizer que o Tribunal Constitucional não é apto a proteger os direitos fundamentais de intervenções restritivas. Sem dúvidas, esta ausência configura um ponto deficitário do modelo de fiscalização português e enfraquece a noção do Tribunal Constitucional como órgão de proteção constitucional, nomeadamente quando se tratar de violação dos direitos fundamentais.

Daí o traço característico do sistema lusitano de fiscalização exclusiva do legislador pelo que a apreciação de inconstitucionalidade é restrita às normas. Ademais, apesar de outros Estados terem ferramentas determinadas para defender os direitos fundamentais, no

sistema português a introdução de mecanismo semelhante para autorizar a defesa dos direitos fundamentais parece ser uma realidade ainda distante¹⁴⁸.

Neste caso, por exemplo, quando um juiz não respeita um direito fundamental no âmbito da relação horizontal entre pessoas privadas e pondera direitos contrários (honra x liberdade de imprensa), é possível que o cidadão recorra ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas não lhe é permitido fazer a mesma reclamação no âmbito do Tribunal Constitucional Português¹⁴⁹.

Como consequência, as decisões políticas, administrativas, judiciais ou privadas, que representem violações dos direitos fundamentais não podem ser apreciadas e fiscalizadas pelo Tribunal Constitucional, visto que o mesmo não possui mecanismos para a defesa.

Apesar de essa ser reconhecidamente uma insuficiência na formação constitucional do sistema, aceitar uma forma de recurso (de amparo) é incompatível com o funcionamento do Tribunal Constitucional, dado o volume de recursos que se esperaria com a introdução do modelo de proteção dos direitos fundamentais que autorizasse o cidadão a, diretamente, acionar o Tribunal Constitucional quando quiser proteger esses seus direitos.

O argumento do volume de processos, no entanto, não prospera perante a introdução do recurso de amparo. Mecanismo semelhante existe na Espanha, que tem uma população quatro vezes maior que a de Portugal e abriga um sistema de recurso de amparo totalmente funcional. Inclusive, o Tribunal Constitucional na Espanha tem um número menor de juízes do que o verificado no caso Português. Mesmo assim, recebem os recursos e funcionam normalmente¹⁵⁰.

¹⁴⁸ NOVAIS, J. R. *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade*. Lisboa: AAFDL, 2017. “o Tribunal Constitucional tem que se dispersar já sobre toda uma série de assuntos, alguns deles de duvidosa pertinência na justiça constitucional e, então, quando alguém sugere que além daquilo que existe agora, se crie um novo recurso de amparo.”

¹⁴⁹ “Além dessa proteção fragilizada, há ainda uma segunda consequência: a efetiva proteção acaba sendo realizada pela instância internacional por meio do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Além de ser um despropósito, considerando que é um país dotado de um Tribunal Constitucional, vem contribuindo para o aumento da quantidade de condenações que têm sido impostas ao Estado Português pelo TEDH, especialmente nos litígios que envolvem conflito entre o direito à liberdade de expressão ou liberdade de imprensa e o direito ao bom nome ou à honra. “Além dessa proteção fragilizada, há ainda uma segunda consequência: a efetiva proteção acaba sendo realizada pela instância internacional por meio do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Além de ser um despropósito, considerando que é um país dotado de um Tribunal Constitucional, vem contribuindo para o aumento da quantidade de condenações que têm sido impostas ao Estado Português pelo TEDH, especialmente nos litígios que envolvem conflito entre o direito à liberdade de expressão ou liberdade de imprensa e o direito ao bom nome ou à honra.” SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 307.

¹⁵⁰ NOVAIS, J. R. *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 111-114.

É possível afirmar que as violações de direitos fundamentais¹⁵¹ podem ou poderiam ser objeto de tutela jurídica a partir da justiça constitucional. No caso português, apenas é possível acessar ao Tribunal Constitucional quando as violações de direitos fundamentais são criadas pelo legislador. Sendo assim, a doutrina aponta para a criação de um recurso constitucional que proteja os direitos e liberdades fundamentais, um recurso direto para o Tribunal Constitucional quando ocorrer um atentado grave aos direitos fundamentais por atos ou por decisões judiciais.

3.1.2. O problema das omissões constitucionais

Outra questão que desperta interesse quanto as prováveis falhas identificadas no sistema constitucional de controle normativo é a forma como está desenhada a inconstitucionalidade por omissão. O que é mais comum pensar sobre esta matéria é o fato de que há uma deficiência intrínseca relacionada a própria eficácia dessa modalidade de fiscalização, dado que a sua utilização é muito rara¹⁵².

Atualmente, menos de dez processos chegaram ao Tribunal Constitucional para analisar uma omissão e apenas dois destes reconheceram efetivamente a existência da omissão (Acórdãos nº 182/89 e nº 474/2002). Alguns fatores podem justificar o uso limitado do mecanismo de omissão constitucional, cita-se, por exemplo, a própria situação da conjuntura política do país e a receptividade baixa da ferramenta pelos órgãos legitimados com a possibilidade de iniciar este tipo de processo no Tribunal Constitucional. Outro fator pode ter a ver com a dificuldade de equilibrar a figura da inconstitucionalidade por omissão com o princípio da separação de poderes, além do tratamento muito resumido do modelo de omissão dentro do texto constitucional português.

No que diz respeito a este último ponto, como já foi mencionado, o Tribunal tem a possibilidade de analisar somente a inconstitucionalidade de medidas legislativas necessárias para viabilizar as normas constitucionais que, por si sós, não são executáveis, desde que exista um dever específico de legislar. O número de legitimados para requerer é reduzido e os efeitos da decisão se limitam à simples comunicação da omissão ao órgão competente para corrigi-la.

¹⁵¹MAGALHÃES, António Eduardo Baltar Malheiro de. "Restrições aos direitos e liberdades fundamentais". *Administração: Revista de Administração Pública de Macau*, V 21 81 (2008), 691-724, p. 692.

¹⁵²MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 548.

A omissão por inconstitucionalidade acaba também por desproteger os direitos fundamentais. A fiscalização nesta área limita-se somente a uma verificação da omissão normativa, nomeadamente as omissões que impedem a efetividade das normas constitucionais.

Além disso, aponta-se que na doutrina portuguesa, a discussão se concentra exclusivamente na natureza das normas constitucionais (normas, princípios, normas programáticas, preceptivas, exequíveis, não exequíveis), o que não seria mais adequado ao "tema central da normatividade dos direitos fundamentais no Estado de Direito contemporâneo", uma vez que refletem, em certa medida, "distinções antigas" originadas de um tempo em que os direitos fundamentais constitucionais não eram considerados normas juridicamente vinculativas, e não são capazes de abordar adequadamente a questão fundamental dos dias atuais: "a efetividade das normas constitucionais de direitos fundamentais enquanto normas jurídicas"¹⁵³.

Sobre este ponto a doutrina compreende que a defesa contra as omissões inconstitucionais não se resume ao instituto inscrito no art. 283 da Constituição, mas se conecta apenas com o direito a ter a lei. Em relação às omissões que violam direitos fundamentais, deve haver o reestabelecimento do exercício desse direito, numa missão que pode ser realizada por qualquer juiz através da interpretação normativa sem depender da intervenção de um legislador ou de um órgão administrativo.

3.1.3. Ausência de proteção do poder local

O terceiro aspecto deficitário a ser comentado aqui tem a ver com a salvaguarda das autarquias locais diante de ações prejudiciais ao regime de autonomia local. A constituição portuguesa assegura a autonomia das autarquias locais que é considerada uma forma especial de descentralização territorial. Esta autonomia local liga-se ao conceito de participação no exercício de poder político e é assegurada como uma proteção institucional objetiva.

O caráter da autonomia local abriga diversos elementos, inclusive um núcleo central que propõe o direito de existir autarquias locais e o direito de organizar as competências próprias. Isto permite proteger os interesses dos cidadãos por meio de órgãos representativos mais próximos.

¹⁵³ NOVAIS, J. R. *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 97-98.

Porém, ainda que a autonomia seja protegida constitucionalmente, as autarquias locais não possuem nenhum mecanismo capaz de acessar o Tribunal Constitucional para proteger-se contra leis que sejam prejudiciais, mesmo que este cenário represente um descumprimento do direito à tutela jurisdicional efetiva.

3.2. Insuficiências no sistema do Supremo Tribunal Federal

Igualmente ao que acontece no Tribunal Constitucional Português, o exemplo brasileiro também revela insuficiências que levam à apreciação crítica do sistema. Em ponto anterior, falou-se das problemáticas relacionadas a composição do Supremo Tribunal Federal, mas esta é apenas uma pequena amostra do debate crítico que pode ser feito no controle de constitucionalidade brasileiro. Mesmo assim, vale uma nota para dizer que a fiscalização da constitucionalidade no Brasil é uma das mais amplas, porque permite inúmeros meios para garantir a constitucionalidade, tradicionalmente mais amplos do que em outros sistemas¹⁵⁴.

É notório que por ser o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro bastante amplo, existe uma disponibilidade de mecanismos que o torna um dos mais acessíveis do mundo, se não for o mais acessível. Isso faz com que a abrangência extensiva seja a característica mais marcante da jurisdição constitucional do Brasil.

Arelado a esse alargado leque de instrumentos pelos quais é possível acessar o STF, está o caráter dual do controle de constitucionalidade empreendido no ordenamento jurídico brasileiro. Melhor explicando, existe um controle difuso e um controle concentrado, pelos quais a Corte Suprema não apenas verifica se uma lei está em consonância com a Carta Magna, como também assenta entendimentos importantes a respeito da aplicabilidade do arcabouço normativo vigente, podendo alterar os paradigmas predominantes de determinada época.

Ainda não adentrando nos mecanismos de controle de constitucionalidade específicos, existe a previsão de instrumentos processuais voltados para a proteção dos direitos fundamentais, sendo eles: o mandado de segurança, o habeas corpus, o habeas data, a ação civil pública e a ação popular.

¹⁵⁴ MIRANDA, J. *Curso de Direito Constitucional. Estrutura constitucional do Estado. Sistemas políticos. Atividade constitucional do Estado. Fiscalização de constitucionalidade* (Vol. 2). Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 253.

O ponto é que todos esses instrumentos resvalam ou podem resvalar no STF, seja originariamente ou pela via recursal. No que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, o sistema se apresenta bastante robusto e íntegro em virtude de uma gama de ações diretas que abarcam como objetivo os mais variados tipos de normas e atos, inclusive normas locais e pré-constitucionais, a partir da inserção da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais.

Importa consignar também uma nota sobre o controle da omissão: as vias para sua superação encontram mecanismos consolidados tanto de maneira abstrata, quanto de maneira concreta. Sob o ângulo abstrato, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, que tenta cessar a omissão legislativa e administrativa. No âmbito concreto, tem-se o mandado de injunção cumpre o papel de fazer valer o direito assegurado na CR/88 e que ainda não foi regulamentado.

3.3. Questões quanto ao modelo de funcionar dos sistemas de fiscalização

Esta próxima sessão caracteriza-se pelo destaque às questões críticas dos sistemas de fiscalização, evidenciando as suas problemáticas. Tal ponto vem à tona sob a forma da fiscalização de um modo abrangente, mas também incluindo mais especificamente pontos relacionados às vertentes mais questionadas do sistema de fiscalização no que diz respeito à organização e ao próprio funcionamento do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal.

3.3.1 O sistema português de fiscalização de constitucionalidade: demarcações críticas

Algumas particularidades evidenciadas na fiscalização da constitucionalidade portuguesa acabam por ser questionadas, sobretudo quanto comparadas com outro sistema que não possui a mesma configuração. Nesse sentido, convém mencionar a questão da possibilidade de confirmar um diploma que o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional anteriormente no âmbito de uma fiscalização preventiva da constitucionalidade. Também frequentemente é mencionado o fato de que o sistema de fiscalização é somente de controle normativo. Além disso, são levantadas outras questões como a do efeito *inter partes* aquando da fiscalização concreta, as questões em torno das funções do Tribunal, a reduzida clareza acerca do funcionamento da Corte Constitucional e

a utilização de métodos decisórios abstratos em desacordos morais ou questões constitucionais mais complexas.

a) A particularidade da fiscalização preventiva e o mecanismo de confirmação do diploma inconstitucional

O artigo 279º, nº 2, da CRP, proporciona à Assembleia da República o instituto da confirmação, pelo qual o parlamento, por maioria qualificada, confirma um conjunto normativo mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. Em vista disso, o Presidente da República decidirá se promulga ou não o diploma legal considerado inconstitucional pela Corte, mas confirmado pela Assembleia da República.

Tal sistemática acaba por possibilitar a inserção de normas já declaradas inconstitucionais ao ordenamento jurídico, o que abre espaço para severas críticas, consubstanciadas, especialmente, no fato da perda de credibilidade da jurisdição constitucional¹⁵⁵. Em outras palavras, há uma verdadeira predileção pelo juízo político em detrimento do juízo jurídico. Para muitos, a prática consignada aqui é, em verdade, ultrapassada, datada de um período histórico em que se fazia necessária¹⁵⁶.

Ainda, fala-se, de um sério desvio do caráter constitucional do aparelho estatal, o que acaba por deturpar outros princípios que regem – ou deveriam reger – o Estado¹⁵⁷, e de forma a garantir o adequado dimensionamento do Estado Democrático de Direito¹⁵⁸.

A Assembleia da República nunca fez uso desse artifício, mas é uma brecha significativa identificada no sistema de controle de constitucionalidade português.

b) Problemáticas de um sistema de controle voltado para a análise da norma

Outra importante inconsistência a ser estudada é a chamada irracionalidade do sistema português. Jorge Reis Novais assenta que referida irracionalidade acarreta insegurança jurídica, desigualdade e utilização inapropriada¹⁵⁹.

¹⁵⁵ ANDRADE, J. C. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 79.

¹⁵⁶ Idem, p. 79.

¹⁵⁷ ALEXANDRINO, J. M. *Lições de Direito Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 277.

¹⁵⁸ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional...*, p. 548.

¹⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 127-165.

A partir do momento em que se reconhece que o sistema de controle de constitucionalidade é insuficiente por abranger tão somente a análise da inconstitucionalidade de normas, surge no âmbito jurisprudencial a ideia de funcionalidade da norma¹⁶⁰, pela qual se expande os objetos de fiscalização.

Destarte, tornou-se possível a atribuição de constitucionalidade a uma norma construída a partir das deliberações empreendidas para a prolação de decisões judiciais individuais, atribuindo-a um caráter geral.

Do mesmo modo que isso se mostrou ser uma solução, ainda mais para a questão da necessidade de reforço a proteção dos direitos fundamentais na seara da justiça constitucional, mostrou-se ser também um problema, em face do risco de irracionalidade e de desequilíbrio do sistema.

Inexiste sensação de segurança jurídica, já que não se firmou um critério de diferenciação entre os instrumentos utilizados para os objetivos aqui descritos. Não há como saber cabalmente se o recurso está sendo interposto para questionar uma norma virtual ou um critério normativo ou se, simplesmente, ataca a decisão judicial. A aferição dessa distinção fica a cargo de um exercício interpretativo descriterioso¹⁶¹, marcado pela imprevisibilidade.

Não se pode ignorar a desigualdade e exclusão advindas da complexização do sistema. Atingir o Tribunal Constitucional depende de uma assistência judiciária altamente especializada, o que demanda custos excessivos. Nem todos dispõem das condições necessárias para tanto, o que revela uma estrutura que, ao mesmo tempo em que atua no sentido de garantir direitos fundamentais, também os fere.

A irracionalidade também pode ser visualizada no fato de que não existem pressupostos de avaliação de gravidade da demanda. Sendo assim, dispondo dos meios necessários para tanto, há uma considerável abertura do Tribunal Constitucional aos particulares, que muitas vezes realizam esse tipo de demanda para fins exclusivamente dilatórios, prejudicando – e até restringindo – o acesso daqueles que estão vendo seus direitos fundamentais serem drasticamente violados¹⁶².

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ NOVAIS, J. R. *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 138.

¹⁶² BELEZA, Maria Pizarro. Tutela Judicial efectiva e acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional. *Julgar*, n. ° 29, 2016, 61-75, p. 74.

c) Os efeitos *inter partes* no âmbito do controle concreto: uma apreciação crítica

Aqui, é importante colacionar uma crítica suscitada por Carlos Blanco de Moraes quanto ao alcance dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, mais especificamente os efeitos *inter partes*¹⁶³.

O ponto é que mesmo que a norma seja declarada inconstitucional diante do caso concreto que se apresenta, ela continua existindo no ordenamento jurídico, o que reforça a insegurança jurídica e a desigualdade e deixa espaço para que casos similares sejam resolvidos de maneira distinta, ensejando uma morosidade no judiciário em virtude da existência de processos desnecessários¹⁶⁴. Resta evidenciado que a ausência de um sistema de precedentes vinculantes ou de normativas de uniformização jurisprudencial contribui para a fragilidade do sistema jurídico português.

O que existe é a figura da repetição de julgado, uma tentativa de relacionar o controle concreto e o controle abstrato. No entanto, os requisitos para que tal relação exista – a repetição do julgado propriamente dita – faz com que leis com elevado potencial de inconstitucionalidade continuem inseridas no ordenamento jurídico¹⁶⁵. O autor sugere que quando a lei for julgada inconstitucional no caso concreto, sobrevenha a obrigatoriedade de recurso ou reclamação obrigatória por parte do Ministério Público perante o Tribunal Constitucional para que o efeito *erga omnes* seja possível.

d) Tribunal Constitucional e a falta de harmonia funcional

Uma problemática que merece destaque é a incoerência funcional do Tribunal Constitucional. Ao mesmo tempo em que não lhe é atribuída a competência de proteção dos direitos fundamentais, que seria uma das competências basilares a serem atribuídas, o órgão possui papéis que, de pronto, podem ser considerados atípicos, como os relativos a processos eleitorais, declarações de rendimento e referendos¹⁶⁶.

Mais uma vez chegamos a problemática da morosidade judiciária. Se há uma abrangência significativa no rol de competências do Tribunal Constitucional, muitas delas

¹⁶³ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional...*, p. 561.

¹⁶⁴ AMARAL, M. L. *Justiça Constitucional, Proteção dos Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou Que Modelo de Justiça Constitucional Melhor Protege os Direitos Fundamentais? Anuário Português de Direito Constitucional*, II, pp. 11-22, 2002, pp. 21-22.

¹⁶⁵ MORAIS, C. B. *Justiça Constitucional*, Tomo II – *O direito do contencioso constitucional*. I (2ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 53-61.

¹⁶⁶ ALEXANDRINO, Sim ou não ao recurso de amparo? *JULGAR*, 11, mai./ago. de 2010, pp. 41-49, p. 44.

atípicas, há também um grande índice de trabalho, haja vista que quanto maiores as atribuições, maiores as responsabilidades¹⁶⁷.

e) Obscuridade no funcionamento do Tribunal Constitucional

No que diz respeito ao funcionamento do Tribunal, é importante destacar sua falta de abertura e transparência. O processo de deliberação do Tribunal ocorre internamente, quase que em segredo, sem a realização de audiências públicas. Salvo uma exceção de rara ocorrência, não está autorizada a participação oral das partes e dos advogados.

Isso significa que não há possibilidade de terceiros interferirem no processo de tomada de decisão, seja para fornecer assistência em questões técnicas muitas vezes complexas enfrentadas pelo Tribunal, seja para influenciar na decisão. Isso representa uma falta de abertura para a sociedade, que deveria ter um papel ativo como intérprete da Constituição garantindo assim maior legitimidade às próprias decisões do Tribunal¹⁶⁸.

É pertinente questionar se o nível de restrição na operação do Tribunal Constitucional português atende plenamente ao direito à informação e possibilita o necessário controle social sobre suas atividades. Além disso, é legítimo indagar se essa falta de transparência está em conformidade com a exigência de publicidade e clareza no desempenho das funções estatais, de acordo com os princípios do Estado de Direito Democrático¹⁶⁹.

f) A jurisprudência da crise e uma faceta do Tribunal Constitucional

Durante o período da chamada "jurisprudência da crise" em Portugal, o Tribunal Constitucional recebeu críticas recorrentes e contundentes em relação à sua atuação. Essa fase se refere ao período de crise econômica e financeira que assolou o país, especialmente após a crise financeira global de 2008.

Uma das críticas mais comuns foi direcionada à suposta interferência do Tribunal Constitucional na política econômica do país. O argumento aqui é o de que as decisões do

¹⁶⁷ AMARAL, M. L. Competências Complementares do Tribunal Constitucional. Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora, 2012a, pp. 54-55.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ SACCHETTO, Thiago Coelho. As Transmissões Midiáticas das Sessões de Julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, 2018, 16.22: 204-224.

Tribunal durante esse período criaram obstáculos à adoção de medidas de austeridade e de ajustes fiscais necessários para a recuperação econômica. Isso levou a um conflito entre os poderes políticos e o Tribunal, com acusações de que o órgão estava extrapolando seu papel constitucional e interferindo nas políticas públicas.

O Tribunal Constitucional foi convocado a agir em várias ocasiões, abordando questões como cortes nos salários e pessoal do setor público. Durante esse período, sua atuação passou de uma postura inicial de maior "autocontenção" para momentos de intenso direcionamento constitucional. Ele interferiu e criticou as opções do legislador, mesmo quando não havia uma violação evidente da Constituição ou transgressão de regras claras, resultando em um desequilíbrio na separação de poderes do Estado e prejudicando o princípio democrático.

Outra crítica importante foi a alegada falta de coerência nas decisões do Tribunal Constitucional. Algumas decisões foram consideradas contraditórias e incoerentes, gerando incerteza jurídica e dificultando o planejamento e a implementação de políticas públicas. Isso levantou questionamentos sobre a consistência e a previsibilidade do órgão, enfraquecendo sua credibilidade e confiança na sociedade.

Também foram apontadas críticas à composição e ao processo de nomeação dos juízes do Tribunal Constitucional. Algumas vozes argumentaram que havia uma excessiva politização na seleção dos magistrados, o que comprometia sua independência e imparcialidade. Essa percepção foi reforçada pelo fato de que alguns juízes tinham vínculos partidários anteriores ou atuais, o que gerou desconfiança sobre a imparcialidade das decisões.

Nessa situação, o Tribunal Constitucional anulou certas medidas legislativas com base em princípios e fórmulas abstratas, como a proteção da confiança e a igualdade proporcional, afastando-se, inclusive, dos precedentes jurisprudenciais.

3.3.2 O sistema brasileiro

O controle de constitucionalidade brasileiro apresenta diversas disfunções reveladas principalmente na insuficiência dos efeitos *inter partes* no controle concreto, na multiplicação de processos e suas consequências, no crescente protagonismo legislativo, midiático e político do Supremo Tribunal Federal e na falta de colegialidade no Supremo Tribunal Federal.

Tal qual ocorre no sistema português, o brasileiro no controle concreto demonstra a mesma insuficiência no que se refere aos efeitos *inter partes* ou, mais amplamente, à adoção do controle concreto e difuso sem o instituto do *stare decisis*, presente no modelo originário estadunidense *do judicial review*¹⁷⁰.

As considerações levadas a efeito com relação a disfunção apontada em Portugal no que concerne à insegurança jurídica, desigualdade e multiplicação de processos, são igualmente reconhecidas no sistema brasileiro¹⁷¹.

Contudo, ainda que não se verifique no sistema brasileiro a adoção do instituto da repetição de julgado, encontra-se no artigo 52º, inciso X, da Constituição Federal do Brasil a possibilidade de se conferir efeitos gerais a uma declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal em controle concreto, por meio do mecanismo que permite ao Senado Federal promover a suspensão da execução da lei assim considerada.

Tal mecanismo embora inserido na Constituição Federal desde 1934 do ponto de vista prático tem suscitado muitas discussões doutrinárias, mormente agora que o STF entendeu pelo efeito vinculante e declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de processo objetivo. Essa decisão, assim como acontece no controle abstrato, também produz eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes¹⁷².

a) O problema dos efeitos *inter partes* no controle concreto

No Brasil, os problemas são semelhantes, no que toca à insuficiência dos efeitos *inter partes*, aos já analisados acima no controle concreto português.¹⁷³⁻¹⁷⁴. Nesse sentido, as mesmas considerações realizadas quanto à disfunção apresentada em Portugal podem ser feitas aqui.

Não obstante inexistir o instituto da *repetição de julgado*, o sistema brasileiro, através da possibilidade de suspensão dos efeitos da lei pelo Senado Federal (art. 52º, inciso X, CF/88), concede efeitos gerais a uma declaração de inconstitucionalidade proferida pelo

¹⁷⁰AMARAL, M. L. Competências Complementares do Tribunal Constitucional. Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora, 2012a, pp. 54-55.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² MENDES, G. F., & BRANCO, P. G. *Curso de direito constitucional* (11ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2016, 1419-1420.

¹⁷³AMARAL, Maria Lúcia do. Competências Complementares do Tribunal Constitucional. Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012a, pp. 54-55.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

STF nos casos de controle concreto. No entanto, a doutrina não tem considerado tal concessão suficiente¹⁷⁵.

b) O volume processual e o seu crescimento

O Brasil é um país de dimensões alargadas e com uma densidade populacional muito alta, regido por uma Constituição analítica que contempla um modelo de controle de constitucionalidade normativo, bem como de proteção aos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 ampliou significativamente o papel político e democrático exercido pelo STF incrementando suas funções a par de uma gama de instrumentos jurídicos processuais pelos quais pode a corte controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Decorre disso o excesso de processos para julgamentos na Suprema Corte, sendo tal realidade um dos principais problemas do sistema de controle brasileiro. Em 2023, por exemplo, até o fechamento desta dissertação (julho de 2023) foram distribuídos 41.305 processos no Supremo Tribunal Federal, sendo boa parte deles recurso extraordinário¹⁷⁶.

O enfrentamento da grande demanda ensejou diversas reformas implementadas, visando a redução do estoque de processos. Para tanto, duas estratégias principais foram adotadas: a concentração e a seletividade¹⁷⁷:

Ampliar significativamente o controle concentrado e o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal – inclusive com a criação da *súmula vinculante* – e estabelecer filtros para o conhecimento dos recursos – por exemplo, a *repercussão geral* no recurso extraordinário – foram as alterações mais marcantes nesse contexto. Tais reformas, entretanto, sofrem críticas pelo excesso de pragmatismo¹⁷⁸ e, ao menos no que se refere às estratégias de concentração, pela distância entre as justificativas apresentadas e seus resultados práticos¹⁷⁹.

¹⁷⁵ MENDES, G. F., & BRANCO, P. G. *Curso de direito constitucional...*, Op. cit.

¹⁷⁶ STF. Corte Aberta. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html. Acesso em: 14/07/2023.

¹⁷⁷ COSTA, Carvalho. FARIAS, F. J. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. *Revista Direito Gv*, 12, 2016, pp. 155-187, p. 156.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 174.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 180-184.

c) O papel central da função legislativa dentro do Supremo Tribunal Federal

Ao se falar no protagonismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal, estar-se-á falando, precipuamente, das competências atribuídas e do âmbito de atuação. Isso porque, o papel central ocupado pela Corte Suprema envolve alguns aspectos que, para muitos, atinge um excesso que coloca em risco a obediência ao princípio da separação dos poderes. Tais aspectos estão relacionados a possibilidade de exercício de uma função legislativa pelo STF, o que corrobora uma atuação caracterizada pelo ativismo judicial.

Nessa esteira, sobrevém a figura da súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, passando a estar prevista no art. 103, da CF/88 e regulamentada pela Lei n.º 11.417/2016. A súmula vinculante nada mais é que uma tese que possui força normativa comparável à lei, com efeito *erga omnes*, advinda de uma espécie de exercício legislativo empreendido por um órgão judiciário. Ferreira Filho fala em uma função paralegislativa¹⁸⁰.

Outro mecanismo que sustenta o ativismo do Supremo Tribunal Federal é o mandado de injunção, que, até 2007, não tinha grande relevo no ordenamento jurídico por ausência de regulamentação. No entanto, a Corte Suprema, ao tratar do direito de greve dos servidores públicos, determinou a aplicação da Lei n.º 7.783/89, que regulamenta o exercício do direito de greve no âmbito da iniciativa privada¹⁸¹. Desde esse momento, o mandado de injunção passou a ser significativamente considerado no sistema de jurisdição constitucional brasileiro¹⁸².

A partir da Lei n.º 13.300/2016, o mandado de injunção foi devidamente regulamentado (tanto o individual, quanto o coletivo) e a eficácia *erga omnes* de seu julgamento passou a ser legalmente prevista.

O Supremo Tribunal Federal empreendeu uma caminhada veloz rumo ao ativismo judicial, especialmente após a virada jurisprudencial em 2007. O STF assumiu um posicionamento sistêmico bastante peculiar: passou de um caráter não intervencionista para um caráter mais interferente¹⁸³¹⁸⁴.

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de direito constitucional* (40ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 297.

¹⁸¹ Mandados de Injunção n.ºs 670, 708 e 712.

¹⁸² FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de direito constitucional* (40ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 297.

¹⁸³ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 5, 2015, 23-50, pp. 38-39.

¹⁸⁴ TRINDADE, A. K., & MORAES, F. S. Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, 53, pp. 57-84, 2011, p. 75.

As decisões sobre temas polêmicos e controvertidos no âmbito social com efeito abstrato passaram a ser bastante recorrentes¹⁸⁵. Adveio as chamadas sentenças aditivas¹⁸⁶, as mutações constitucionais¹⁸⁷ e um adendo nas muitas atribuições do STF, qual seja a assunção da responsabilidade pela efetivação de direitos sociais, muitas vezes não levando em consideração pressupostos relevantes, como a disponibilidade financeira e, mais uma vez, a separação dos poderes.

3.4. Uma visão prática: a análise das decisões judiciais das Cortes Constitucionais

Como visto, as Cortes Constitucionais em estudo estão alicerçadas em sistemas de controle de constitucionalidade semelhantes, posto que são, em essência, mistos – ou híbridos. No entanto, não podemos deixar de observar uma diferença essencial relacionada à forma como cada Corte empreende tais sistemas na prática, especialmente no que tange ao dimensionamento e utilização dos instrumentos disponíveis.

3.4.1. A Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais n.º 54

Destarte, importa consignar que as diferenciações verificadas decorrem de aspectos relacionados, dentre outros, à própria configuração geopolítica do país ao qual as Cortes pertencem.

Historicamente, o Brasil passou por profundas transformações que alteraram o cenário político, social e econômico. Dentro desse contexto e ao longo do tempo, foi adotado um amplo arcabouço de teorias, visando atender a demandas de um país continental e que se formava com base em diversidades regionais e culturais bastante acentuadas¹⁸⁸.

Não seria equivocada discernir que a razão de ser da CF/88 é o fato mencionado acima.

A Carta Magna brasileira tenta, ao menos na seara textual, adequar-se a uma população expressivamente plural de cerca de 211 milhões de habitantes distribuída em um território de mais de oito milhões de quilômetros quadrados demasiadamente marcado por necessidades distintas em virtude do processo de formação do Brasil.

É bem por isso que se faz a observação de que, muito embora os sistemas de

¹⁸⁵ STRECK, Lênio. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁸⁶ SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 305.

¹⁸⁷ *Idem*, pp. 131-149.

¹⁸⁸ SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 305.

controle de constitucionalidade do Brasil e de Portugal sigam a mesma lógica quanto aos órgãos encarregados da referida tarefa, a utilização prática desse mecanismo de garantia da constituição apresenta distinções perceptíveis.

Um ponto a ser destacado é a existência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no sistema brasileiro como mecanismo de controle de constitucionalidade, que possibilita que o direito pré-constitucional e as leis municipais tenham a sua validade constitucional questionada e julgada¹⁸⁹, além de garantir que preceitos fundamentais não sejam lesados, seja pela via da prevenção, seja pela via da reparação.

A ADPF surgiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, porém só foi regulamentada pouco mais de uma década depois, pela Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999. A regulamentação da ADPF por meio de lei ordinária foi condição imposta pelo STF para que fosse apreciada devidamente, *vide* Petições n.º 1.365/170-DF e 1.437-5/CE¹⁹⁰.

Além de traço de distinção, a ADPF representou, para muitos juristas, um ponto crucial na história da atuação do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o seu papel de defensor da Constituição e de direcionador da aplicação dos ditames constitucionais. De modo mais específico, o julgamento da ADPF 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo, foi de extrema relevância para estabelecer os caminhos a serem seguidos pela suprema corte do Brasil.

Foi nesse contexto que se levantou a discussão acerca do poder de direcionamento do STF. Em outras palavras, levantou-se a discussão, dentro do caso em análise, de quais seriam os limites existentes para o referido órgão, no sentido de saber se o mesmo deveria fincar sua atuação na verificação de constitucionalidade das leis ou se deveria assumir sua feição de órgão contramajoritário e atuar na fixação de interpretações vinculativas, com poder de inovação dentro do ordenamento jurídico¹⁹¹.

Nesse sentido, a ADPF 54 teve como discussão central a possibilidade de aborto em caso de gestação de feto anencefálico, que, medicinalmente, é um procedimento denominado “antecipação terapêutica do parto”. Foi um debate emblemático, posto que envolveu dois direitos fundamentais muito sensíveis – de um lado a vida do feto anencefálico e de outro a liberdade reprodutiva da mulher. O que pesa aqui são as concepções em torno

¹⁸⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, pp. 395-396.

¹⁹⁰ *Idem*, pp. 395-396.

¹⁹¹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. *O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. Sequência*, n. 65, 2012, pp. 155-188.

do problema, já que vão muito além de uma discussão puramente jurídica, abrangendo aspectos sociais muito complexos¹⁹².

Desde que a ADPF 54 foi proposta, sedimentou-se uma divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade ou não da análise do caso, posto que a atuação da Suprema Corte poderia incidir em uma legislação positiva, implicando em inovação e não apenas em interpretação.

Porém, o julgamento da ADPF 54 representou a concatenação do convencionalismo com concepções filosóficas do futuro, adotando, para tanto, a ideia de romance em cadeia desenvolvida por Dworkin para alicerçar a moralidade institucional de determinada comunidade¹⁹³.

Desta feita, de acordo com o entendimento do jusfilósofo, a resposta para casos complexos deve decorrer do exercício interpretativo dos operadores do direito de modo construtivo, como medida de conferir integridade ao direito, em uma espécie de romance em série, sem deixar espaço para que a ideia de que o juiz tem uma ampla e desarrazoada discricionariedade seja sustentada.

Trazendo para o contexto do julgamento da ADPF 54, a ideia acima descrita está consubstanciada no fato de que houve uma apreciação da moralidade existente no ordenamento jurídico vigente para que fosse possível uma reformulação de entendimento com base no contexto histórico e cultural e nos ditames constitucionais¹⁹⁴.

Acerca da discussão da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para a apreciação do caso, houve uma contribuição robusta para sua efetivação por meio da realização de audiências públicas e da participação da figura do *amicus curiae*. A partir disso, abrandar-se-ia o caráter contramajoritário da justiça constitucional, em vista da recepção de visões representativas do povo, especialmente da parcela deste diretamente interessada.

Convém destacar outro fator que se mostrou relevante na ocasião em estudo: a permissividade tácita dos Poderes majoritários para a atuação do Poder Judiciário quando tópicos sociais sensíveis estão em discussão. E isso se verifica muito mais em virtude de uma questão política do que pela complexidade de determinado assunto. Defender um lado ou outro em uma questão socialmente delicada pode influir diretamente nas urnas. Assim, a

¹⁹² Acórdão da ADPF 54, p. 1.

¹⁹³ BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Op. cit.*, p. 181.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 156.

partir do momento que os Poderes majoritários se omitem, o Poder contramajoritário – o Poder Judiciário – age na direção de assentar qual posicionamento o Estado deve adotar no contexto do ordenamento jurídico vigente.

Não havendo edição de normas perante o processo legislativo esboçado, haverá a extração da norma a partir de uma decisão judicial advinda de um debate racional e livre de amarras de cunho político. Por este caminho, aproxima-se da integridade almejada para um direito coeso e coerente.

Consoante Fernando Gomes de Andrade¹⁹⁵, a ADPF 54 é um importante exemplo dessa omissividade dos Poderes majoritários, visto que ao não legislar sobre a questão trazida à tona por meio da ADPF, atribuiu ao Poder Judiciário o papel de posicionar o Estado acerca desse ponto controvertido. Na medida em que isso ocorre, abre-se um espaço de diálogo institucional pelo qual se pretende tornar possível o pronunciamento dos Poderes majoritários e, quem sabe, a edição de leis no sentido de estabelecer o entendimento a ser seguido.

O objeto da ação constitucional em estudo foi a interpretação pela qual a prática da interrupção da gravidez de feto anencefálico seria abarcada pela conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal¹⁹⁶.

O Ministro Marco Aurélio – relator – embasou sua tese na existência de um conflito aparente de normas, na medida em que não há resquício de vida em um feto anencefálico. Sendo assim, não há que se falar em um embate entre a “vida” do feto e a liberdade reprodutiva da mulher. Interessa notar também que não ocorre um aborto propriamente dito, mas a antecipação do parto, tida como terapêutica, perante dificuldades enfrentadas pela mulher na gestação¹⁹⁷.

Ainda, o Ministro suscita a ideia de que, no caso de gestação de feto anencéfalo, a justificativa não é para a interrupção, e sim para a não interrupção. De outro modo, não cabe cobrar da mulher uma justificativa plausível para continuar gestando um feto sem chances de vida, porém cabe ao Estado justificar porque, por meio de uma aplicação fria da lei, existe a exigência de que a gestação continue¹⁹⁸.

Diante disso, é que se passa a analisar se a obrigação de gestar um feto sem

¹⁹⁵ GOMES, Fernando. *Op. cit.*, p. 347.

¹⁹⁶ Acórdão da ADPF 54, p. 1.

¹⁹⁷ Acórdão da ADPF 54, p. 33.

¹⁹⁸ Acórdão da ADPF 54, p. 33.

expectativa de vida estaria de acordo com os preceitos fundamentais expressos na Constituição Federal, especialmente “o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde” e, conseqüentemente, se a interrupção da gestação nessas condições constituiria ou não conduta passível de punição nos moldes estabelecidos no *codex* penal¹⁹⁹.

Nas palavras do relator:

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

Em frente da impossibilidade de vida, levantou-se o argumento de que a continuidade da gestação de feto anencéfalo seria crucial no sentido de permitir a doação de órgãos. O Ministro Marco Aurélio Melo refutou tal tese com base no fato de que, nesse contexto, a mulher seria um mero instrumento de viabilização da doação de órgãos e, piorando o cenário, de um ato fadado ao fracasso em virtude da possibilidade quase nula de aproveitamento de órgãos de um feto com anencefalia²⁰⁰.

Acerca do ponto crucial da discussão, extrai-se o entendimento de que não há que se falar em vida ante um caso de anencefalia, não existindo nem mesmo sua potencialidade. Não havendo vida nesse caso, não se pode discutir o atentado contra ela. Desta feita, não há incursão em qualquer conduta tipificada como crime contra a vida.

A informação que se tem é que cerca de 60% dos casos não perduram nem mesmo na gestação²⁰¹. A totalidade dos casos não perduram no âmbito extrauterino, estando na seara da excepcionalidade aqueles que conseguem alcançar os três meses de vida.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Melo:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando

¹⁹⁹ Acórdão da ADPF 54, p. 34.

²⁰⁰ Acórdão da ADPF 54, p. 51 – 52.

²⁰¹ DINIZ, Debora; GONZALEZ VÉLEZ, Ana Cristina. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 647-652, maio/ago. 2008.

de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.

Na esteira do debate, foi preciso rebater, ainda, o argumento de que o Código Penal não prevê como condição permissiva de interrupção da gravidez os casos de anencefalia. Neste ponto, o relator abordou a ideia de que, à época da edição do *códex* penal vigente no Brasil – 1940 – a medicina ainda não tinha avançado ao ponto de diagnosticar a anomalia em questão. Para o ministro, a falta de previsão não atenua o fato de que não se discute vida em companhia de uma gestação de um feto anencéfalo.

O ordenamento jurídico se molda de acordo com determinada configuração social, econômica e política e, quando tomado por uma visão interdisciplinar, tolerante às influências dos demais ramos científicos, de acordo com a visão da ciência de determinada época. Percebe-se que a ADPF surge como uma medida de reparação de lacunas em face do avanço da sociedade, quando esta faz surgir um ordenamento jurídico adaptado as suas demandas e ao seu modelo (ideal) de civilização.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator, no sentido de que a antecipação de parto de feto anencéfalo não configura crime contra a vida. A tese defendida pela ministra é a mudança do foco da discussão: ela entende que não se deve debater a questão percorrendo um caminho no qual se busca proteger a vida do feto anencéfalo, já que não existe nem ao menos o potencial para tanto, mas sim um percurso que visa conferir a mulher máxima autonomia neste caso, possibilitando a livre escolha acerca da continuidade da gestação.

A ministra embasou o seu voto na concepção de morte estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução n.º 1.480/97. A normativa em questão dispõe que deve ser considerado morte encefálica a ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

O Ministro Joaquim Barbosa também seguiu o voto do relator e defendeu a mesma tese inserida no voto que proferiu no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.025-6/RJ, impetrado em favor de Gabriela Oliveira Cordeiro, com o objetivo de possibilitar a interrupção de sua gestação, posto que se tratava de feto anencéfalo. Fato curioso é que durante a sessão de julgamento do *Habeas Corpus*, a paciente entrou em trabalho de parto, tendo o feto nascido e sobrevivido por sete minutos. Em vista disso, o remédio constitucional perdeu seu objeto e o processo foi extinguido.

Vale a leitura de trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa proferido em sede do Habeas Corpus citado, que elucida bem o seu posicionamento²⁰²:

Em primeiro lugar, ressalto que, neste caso concreto, estamos diante de uma situação peculiar em que estão em flagrante contraposição o direito à vida, num sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito.

Em outras palavras, busca-se, no presente *habeas corpus*, a tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extra-uterina é absolutamente inviável.

Portanto, é importante frisar, não se discute nos presentes autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez. A questão aqui é bem diferente, pois se refere à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto.

O Ministro Luiz Fux votou a favor da procedência da ADPF, sustentando que a violação à Constituição Federal reside no fato de que a impossibilidade de interrupção da gestação de feto portador de anencefalia é, em verdade, uma tortura.

Nessa toada, defendeu que o que está em jogo é a saúde física e mental da mulher em um contexto de criminalização demasiadamente desproporcional, posto que a brecha legal ora debatida é resolvida por meio da imputação de criminalidade à conduta. Assim, consagrou em sua tese a equidade integrativa, pela qual o caso é resolvido pelo juiz sem que ele crie uma norma, como se fosse um legislador, mas alcance a melhor solução diante das circunstâncias do caso concreto, tendo como fim primordial a realização da justiça.

Importa a leitura de alguns trechos do voto do Ministro Luiz Fux:

O Supremo Tribunal Federal evidentemente respeita e vai consagrar aquelas mulheres que desejarem realizar o parto, ainda que de feto anencefálico. O que o Supremo Tribunal Federal tem que examinar é se é justo, sob o ângulo criminal, colocar uma mulher que, durante nove meses, leva em seu ventre um feto anencefálico, o qual não tem condições de vida, no banco do Júri, porque aborto é crime contra a vida e sujeito à competência do Júri. E sabemos que, dependendo da comunidade, o Júri tem as suas propensões. Dependendo da influência - Vossa Excelência determinou o afastamento da religião e de outras convicções -, há algumas localidades em que essa condenação pelo Tribunal do Júri é absolutamente certa. E essa é a questão que não cala. Seria justo? É tão justo admitir que uma mulher aguarde os nove meses para que dê luz ao seu feto, ao filho anencefálico, como também representa justiça não se permitir que uma mulher que padece dessa tragédia, de assistir à missa de 7º dia do seu filho, levando-o ao ventre durante 9 meses, seja criminalizada e jogada no banco do Tribunal do Júri para ser julgada como se fosse a praticante de um delito

²⁰² Acórdão do *Habeas Corpus* n.º 84.025-6/RJ, p. 10 – 11.

contra a vida²⁰³.

A necessidade de interpretação evolutiva, então, se revela patente na medida em que - e aqui um dado novo de expressão importância - o anteprojeto do novo Código Penal inclui mais uma hipótese de aborto permitido no art. 127, III: quando há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de um nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável. A lacuna normativa atual não deve conduzir à incriminação da conduta, sendo o caso de recurso à equidade integrativa, de que tratou Aristóteles na sua *Ética a Nicômaco*, para permitir o preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido os dados aterrorizantes da gestação de feto anencefálico²⁰⁴.

A Ministra Carmen Lúcia foi ao encontro do entendimento dos demais ministros, destacando em seu voto o papel do Supremo Tribunal Federal no caso em apreço. Assim, pontuou que o STF não está atuando no sentido de possibilitar o aborto no Brasil desarrazoadamente, mas sim de estabelecer uma interpretação conforme a Constituição Federal para as disposições do Código Penal que tratam da prática do aborto e, por conseguinte, definir se interromper a gravidez de feto anencefalo é ou não é crime.

Ressaltou que seria uma discussão que gira em torno da vida, da liberdade, da dignidade e da saúde. E suscitou que quando se fala em dignidade, não só a mulher estaria envolvida, mas também todos os membros da família que estão na expectativa do nascimento do bebê.

A respeito deste último ponto, convém a leitura de trecho do voto da ministra:

[...] Mas é preciso lembrar que o pai também sofre barbaramente; que a família pode sofrer e se desfacer - e isso não é incomum -; que o direito do pai também precisa ser contado nessa discussão; que o direito do homem de ter a sua família, durante aquele período, qualquer que seja a opção que este casal faça (se tiver, o casal; se não tiver, como a mulher lida com isso; se for um pai que não seja o marido, tem que se lidar com isso), esse homem também precisa participar e ser levado em consideração na sua dignidade. Por isso mesmo, acho que, quando falamos em dignidade, estamos falando de todos: do feto, da mulher, do pai, do que seria o irmãozinho mais velho, que fica olhando - como uma das cartas que nos chegaram contava que o filho pergunta todo dia quanto tempo levará para ele brincar, sabendo a mulher que esse irmão nunca vai brincar com o que está para chegar; que ele não vai poder jogar bolinha de gude porque não vai ter essa possibilidade. Essa realidade toda precisa ser posta constitucionalmente no centro da discussão²⁰⁵.

O Ministro Ayres Britto votou pela procedência da ADPF 54 amparado na ideia de

²⁰³ Acórdão da ADPF 54, p. 6.

²⁰⁴ Acórdão da ADPF 54, p. 13.

²⁰⁵ Acórdão da ADPF 54, p. 175.

que não se trata de um aborto, pois o que a mulher detém em seu útero é, em verdade, um natimorto cerebral. Não há nenhuma possibilidade de vida extrauterina. Segundo o ministro, a gestação não pode estar direcionada ao advento da morte, mas sim da vida. Em vista disso, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria fato atípico.

Ainda, colacionou que não se trata de uma obrigação da mulher interromper a gravidez de feto anencéfalo, mas de uma opção, consagrando sua liberdade de escolha e preservando sua saúde física e mental, perante a tortuosa situação de carregar um feto anencéfalo durante todo o período gestacional.

Na esteira dos votos dos demais colegas, Gilmar Mendes também se manifestou no sentido da procedência da ADPF 54, com fundamento nas disposições legais penais relativas a isenção de punibilidade nos casos de aborto. Para tanto, o ministro focou sua tese na proteção à incolumidade da gestante, colocando como ponto central a saúde psicológica da mãe. Utilizou-se, portanto, da ausência de punibilidade calcada no art. 128, do Código Penal. Para o ministro, o fato é típico, porém não passível de punição.

Vide trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

A antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é fato típico por argumentação, *ad argumentandum*, é aborto, sim, mas não configura prática penalmente cabível. Se se partir para essa segunda tese, que não é a do professor, ainda assim não configura prática penalmente cabível, pois se a razão fundamental desse tipo de despenalização reside na consideração final de que o abalo psíquico e a dor moral da gestante são bem jurídicos a tutelar para além da potencialidade vital do feto, essa mesma fundamental e definitiva razão pode se fazer presente na gestação anencéfala; aliás, pode se fazer presente com a força ainda maior de convencimento, se considerados os aspectos de que o feto anencéfalo dificulta sobremodo a gravidez e nem sequer tem a possibilidade de viver extrauterinamente senão para se debater nos estertores que são próprios daqueles que já com morte cerebral comprovada, se veem desligados dos aparelhos hospitalares que lhes davam uma aparência de vida, donde o mais que justificado emprego do brocardo latino *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*, a se traduzir na fórmula de que, onde exista a mesma razão decisiva prevalece a mesma regra de direito²⁰⁶.

O Ministro Celso de Mello se manifestou pela procedência da ADPF 54 acentuando a distinção entre legalização do aborto e antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo, fomentando que o STF não está atuando de forma a permitir a realização do aborto de maneira desarrazoada e indiscriminada, mas tão somente reconhecendo a liberdade de

²⁰⁶ Acórdão da ADPF 54, p. 262 – 263.

escolha das mulheres, em vista da evolução dos direitos fundamentais atinentes as mesmas. A mulher, nesse caso, deve ser livre para escolher entre continuar a gravidez ou interrompê-la.

O ministro considerou o fato atípico, em virtude da ausência de vida a ser tutelada, com base no conceito de morte previsto na Lei n.º 9.434/97 e na Resolução n.º 1.752, do Conselho Federal de Medicina.

Os votos desfavoráveis à procedência da ADPF 54 vieram dos ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso.

O Ministro Ricardo Lewandowski embasou o seu voto partindo de ideias que envolviam tanto a legitimidade do STF para definir a interpretação adequada para o caso, quanto o mérito da questão.

O ministro asseverou que o Supremo Tribunal Federal deve restringir sua atuação ao seu papel de legislador negativo, ou seja, agir tão somente no sentido de averiguar a (in)constitucionalidade de uma lei, excluindo-a do ordenamento jurídico caso não esteja de acordo com os ditames constitucionais. O membro entende que, no âmbito do controle de constitucionalidade, deve-se observar com veemência a independência e a harmonia entre os Poderes do Estado. Caberia, portanto, ao Congresso Nacional, representante do povo, alterar a legislação para prever a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como uma hipótese de afastamento da punibilidade.

Acerca do mérito da questão, o ministro suscitou a seguinte preocupação: o risco de tornar lícita a interrupção da gestação de fetos portadores de outras patologias com consequências similares (ausência ou diminuta expectativa de vida extrauterina) a partir da possibilidade de interrupção de gestação de feto anencéfalo.

Ainda, elencou dispositivos existentes no ordenamento jurídico que protegem a vida intrauterina, tal como o art. 2º, do Código Civil de 2002, que protege os direitos do nascituro desde a concepção.

Vale a leitura de passagens do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

[...]

A temática, com efeito, reveste-se de extrema complexidade, não só do ponto de vista jurídico, como também ético e até mesmo científico. É que, além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, consagrado em nossa Constituição (art. 5º, caput), e em diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a começar da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4,1), uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas.

O Ministro Cesar Peluso seguiu a mesma direção do Ministro Ricardo Lewandowski e votou pela improcedência da ADPF 54. O então presidente do STF alicerçou sua tese na existência de processo vital na gestação de feto anencéfalo.

Para o ministro, se o que se discute é a morte do feto ao nascer, então existe vida, pois não há morte sem antes ter vida, afirmando, inclusive, que a interrupção da gestação de feto anencéfalo legitimaria o assassinato de anencéfalos recém-nascidos, na medida em que alteraria tão somente o momento da prática da conduta – no lugar de ser intrauterinamente, seria no âmbito extrauterino.

No voto, não considerou os princípios da autonomia da vontade, da liberdade pessoal e da legalidade, posto que defende que o aborto é crime, na medida em que ocorre a supressão de uma vida, não importando se há ou não chance de vida extrauterina. A liberdade, nessas situações, esbarra em limitações legais.

Ainda, afastou a incidência do art. 128, do Código Penal, haja vista que o dispositivo considera gravidez decorrente de conduta violenta e ilícita exclusiva de terceira pessoa, o que não é o caso na gestação de feto anencéfalo. Entendeu também que as situações de risco de vida para a gestante já estariam elencadas no *codex* penal e que a gestação aqui discutida não alcança a gravidade exigida para o encaixe adequado da situação aos dispositivos que tratam do assunto, por ser um sofrimento pormenorizado.

Nota-se que os votos foram fundamentados, de forma preponderante, no arcabouço jurídico disponível, concatenando-o com saberes científicos diversos. Porém, ao tratar do sofrimento sentido pela mulher nos casos de gestação de feto anencéfalo, o Ministro César Peluso tangencia a religiosidade, empregando uma ideia de sofrer atrelada a natureza

humana.

Neste ponto, é válida a leitura de excerto extraído do voto do Ministro César Peluso²⁰⁷:

Esta é, aliás, a razão palpável que exclui ao caso toda ideia de injustiça subjetiva, que é ínsita à noção leiga ou jurídica de tortura. A natureza não tortura! Ao propósito, já observei:

O sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. E o que o sistema jurídico não tolera não é o sofrimento em si, porque seria despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento. Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético - não me interessa - de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas, pois isso não releva à discussão do caso. Só quero lembrar que o sistema jurídico repudia, em relação ao sofrimento, apenas os atos injustos que o causem. O sofrimento provindo da prática de um ato antijurídico, esse não pode ser admitido pela ordem normativa. Mas não é esse o caso de eventual sofrimento materno, ou pelo menos não o é de regra.

Diante do exposto, cabe tecer algumas observações a respeito do julgamento da ADPF 54.

O referido julgamento é de extrema relevância para analisar o tratamento dos precedentes no Brasil, posto que foi por meio dele que se evidenciou a eficácia da transcendência dos motivos determinantes das decisões²⁰⁸. Para alguns, o caso vestiu a roupagem de controle concentrado, com eficácia *erga omnes* e obrigação de cumprimento além dos limites da sentença, com o objetivo primordial de conferir previsibilidade e coerência ao ordenamento jurídico.

Há que se considerar importantes benefícios na eficácia da transcendência dos motivos determinantes das decisões, como o que ocorreu no julgamento da ADPF 54, dentre eles, a devida salvaguarda jurisdicional da Constituição e a reafirmação da autoridade da Corte Suprema. A partir disso, o precedente é, além de tudo, constitucional²⁰⁹.

²⁰⁷ Acórdão da ADPF 54, p. 432 – 433

²⁰⁸ MELLO, L. F., & de Queiroz Barboza, E. M. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – Análise Da Decisão Roe Versus Wade e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – Análise Da Decisão Proferida Pelo STF na ADPF n. 54. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 16(1), pp. 221–238, p. 229.

²⁰⁹ *Idem*, pp. 469 – 470.

3.4.2. Uma visão do Tribunal Constitucional: o Acórdão 75/2010

Se a ADPF 54 foi levada a cabo com o objetivo de ajustar uma situação de interrupção da gravidez – gravidez de feto anencéfalo – aos preceitos constitucionais, no sentido de afastar a punibilidade a ela relacionada, em Portugal, no ano de 2007, 33 deputados conservadores do Parlamento fizeram uma requisição ao Tribunal Constitucional visando a declaração de inconstitucionalidade da Lei do Aborto à luz do ditame constitucional de inviolabilidade da vida humana.

A Lei do Aborto – Lei n.º 16/2007 – alterou o Código Penal Português para fazer constar que a interrupção da gravidez não é passível de punição, dentre outras condições, quando realizada por opção da mulher nas 10 primeiras semanas de gestação. Os deputados compreendiam que a normativa não só permitia o aborto, como também o incentivava, deixando de lado a tutela do feto²¹⁰, mesmo com a exigência de aconselhamento obrigatório. Para eles, o aconselhamento de que trata a lei não possuía um caráter dissuasivo.

A requisição foi julgada improcedente em 2010 pelo Tribunal Constitucional, estabelecendo que a Lei n.º 16/2007 está alinhada com a Carta Magna. Foi nesse momento que emergiu discussão mais fervorosa acerca dos contornos de atuação do Tribunal Constitucional, posto que a Corte Suprema suscitou direitos não abrangidos pela legislação, como o direito à autodeterminação da mulher grávida, ao mesmo tempo em que dispôs que a vida intrauterina está devidamente protegida pela Constituição²¹¹.

Em vista disso, a apreciação começou a girar em torno do conflito entre a proteção do nascituro e o direito de autodeterminação das mulheres. A Corte reconhece que existe uma obrigação constitucional de proteger o nascituro, porém tal obrigação deve estar em harmonia com os direitos das mulheres constitucionalmente previstos.

Primeiramente, o Tribunal estabeleceu que o direito à autodeterminação das mulheres não é absoluto, já que tal possibilidade acarretaria a total limitação dos direitos do nascituro, posto que o aborto seria realizado de forma incondicionada e, por consequência, desarrazoada.

²¹⁰ RUBIO-MARÍN, Ruth. *Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu*, pp. 356-379.

²¹¹ PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/10, Processo n.ºs 733/07 e 1186/07, em sessão plenária, de 23 de fevereiro de 2010*, relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>.

Partindo desse pressuposto, o Tribunal destacou dois pontos da lei que resolvem a problemática do desequilíbrio protetivo entre os direitos em discussão: a existência de requisitos a serem obrigatoriamente observados para a realização da interrupção e o limite temporal estabelecido.

A respeito do tempo, importa consignar que o Tribunal Constitucional o considera requisito essencial na medida em que é um forte elemento de conformação dos valores da vida e da autodeterminação. De modo mais específico, da vida do nascituro e da autodeterminação da mulher gestante.

Aliado ao tempo, temos que é indispensável o aconselhamento não dissuasivo, no sentido de que o aconselhamento obrigatório deve girar em torno do fornecimento de informações, sem que tenha o papel de influenciar a mulher a não realizar o aborto.

Desta feita, o aconselhamento obrigatório cumpriria o seu papel na medida em que deixasse claro à mulher que a decisão cabe tão somente a ela e que existem soluções alternativas que não o aborto, como os projetos de assistência social.

Nota-se, portanto, uma abrangência protetiva tanto da gestante, quanto do nascituro. Da gestante, ao esclarecer que a ela cabe decidir exclusivamente, conferindo-a uma posição auto determinativa. Do nascituro, ao informar que existem medidas alternativas à interrupção da gravidez.

O Tribunal Constitucional considerou que o aconselhamento obrigatório não deve ser dissuasivo, posto que não há comprovação de que tal prática tenha qualquer tipo de resultado. O que importa, inicialmente, é proteger a gestante e atribuir a ela a confiança de que decidirá racionalmente a partir do aconselhamento obrigatório adequado, ou seja, a decisão será esclarecida e de total responsabilidade da gestante²¹².

Sendo assim, a compreensão que se quer assentar é a de que a lei protege adequadamente o nascituro nos estágios iniciais da gravidez, desde que observados adequadamente os requisitos por ela impostos, a partir do momento que deixa a cargo da gestante a incumbência de decidir se persiste ou não com a gestação e, por conseguinte, se preserva ou não a vida em potencial que carrega. É mais eficaz que o Estado atue dessa forma assistencial, do que de forma punitiva.

A respeito, é relevante a leitura do seguinte trecho do Acórdão 75/2010:

²¹² RUBIO-MARÍN, Ruth. *Op. cit.*, pp. 356-379.

(...) a solução não se apoia tanto numa reponderação dos interesses em conflito, com melhor acolhimento dos titulados pela grávida (muito embora o atendimento desses interesses decorra objectivamente da solução agora consagrada e corresponda a padrões jusculturais sobre a posição da mulher hoje largamente aceites), mas na correcta compreensão, e devida valoração, da *especificidade desse conflito*, muito distinto dos que nascem entre dois sujeitos com vida e personalidades próprias. Foi entendido (e a experiência judiciária confirma-o) que essa especificidade rouba aos instrumentos penais a idoneidade e a eficiência de que geralmente dão mostras, pelo que, levando a sério os critérios da adequação e da necessidade, optou-se por dar preferência, no período inicial da gravidez, a uma solução que, com pleno respeito da sua liberdade decisória, faz apelo ao sentido de responsabilidade da grávida²¹³.

O Acórdão 75/2010 inovou ao dimensionar o direito à dignidade de forma igualitária para a mulher e para o feto. Ele se expressa no aconselhamento interdisciplinar, que leva em consideração um arcabouço de informações sociológicas, pelo qual se busca dar racionalidade à decisão da gestante – seja ela qual for – e, a partir disso, derrubar qualquer argumento tendente a levantar a hipótese de que a mulher interrompe a gravidez baseada em sentimentos fúteis.

Na sentença acima, o Tribunal Constitucional não se orientou pelos precedentes anteriores, inclusive na Europa, e validou a exigência de modo a considerar que:

A nova lei, então, não poderia ser interpretada como o Estado desistindo de seu dever de proteger o nascituro. Para o Tribunal, uma abordagem por meio de “lei branda” – mais promocional do que repressiva – justificava-se como mais propícia para influenciar as razões que levam uma mulher a realizar um aborto e fazê-la reconsiderar sua decisão nos poucos casos em que ela não está decidida, ou seja, nos únicos casos em que os nascituros têm chance de ser preservados. O Tribunal reconheceu que o legislador poderia ter utilizado de fórmulas verbais mais expressivas acerca da importância do valor da vida, mas isso teria um carácter mais simbólico, não proporcionaria necessariamente maior grau de proteção ao nascituro. Não há evidência empírica de que o requisito de aconselhamento dissuasivo do modelo alemão seja particularmente eficaz. Pelo contrário, prosseguiu o Tribunal, é razoável que o legislador presuma que, na fase inicial, a proteção do nascituro seja mais efetivamente realizada por meio da proteção da mulher (ou seja, confiar no seu sentido de responsabilidade e confiar no seu julgamento), certificando-se apenas de que a decisão seja informada e desejada. Mais fundamentalmente, deixando de lado as considerações estratégicas de eficácia e focando na dignidade constitucionalmente protegida das mulheres, a Corte sustentou que a compreensão das mulheres como “responsáveis e sensíveis às razões contra o aborto” não era compatível com um sistema de aconselhamento infantilizador e paternalista. Em outras palavras, um modelo que entende a escolha responsável da mulher grávida e inclinada a cooperar com o

²¹³ PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/10, Processo n.º 733/07 e 1186/07. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>.

dever do Estado de proteger a vida não pode ser facilmente conciliado com um que a pressiona e interfere em seu processo decisório apelando “às emoções e à vulnerabilidade psicológica”. Tal abordagem pode provocar o oposto do resultado desejado e, portanto, revelar-se ineficaz, e, mais ainda, essa abordagem nega o respeito às mulheres como sujeitos constitucionais completos, como titulares de direitos. Interessante notar que, pela primeira vez na jurisprudência da Corte, a decisão de 2010 afirmou que o valor da dignidade não se expressava apenas na vida intrauterina, mas também na mulher que é, afinal, detentora dos direitos. A dignidade das mulheres, afirmou a Corte, deve também moldar o aconselhamento recebido²¹⁴.

É imprescindível, portanto, que haja a demonstração de que a decisão pelo aborto²¹⁵ é alicerçada em uma análise detida do caso, com bastante ponderação e racionalização. Assim, não é uma decisão baseada em emoções imediatas e fugazes, o que diminui ou anula a ocorrência de danos de ordem física e psíquica e contribui para uma deliberação livre de vícios.

Em consideração a isso, o Tribunal Constitucional português adotou uma análise mais abrangente, saindo da discussão sobre a possibilidade de gestação e alcançando a discussão sobre a possibilidade do exercício da maternidade. A responsabilidade de cuidar pode não ser favorável a existência da pessoa que não se considera preparada, o que atinge, por consequência, aquele a qual a responsabilidade é devida – o filho (a). Quando ocorre a mudança do foco do debate, da gestação para a maternidade, compreende-se que o Estado deve agir não só após a concepção, mas também antes dela, no sentido de promover, por meio da educação e da implementação de políticas sociais, a conscientização a respeito da concepção responsável e planejada, o que recai sobre a diminuição dos índices de interrupções gestacionais voluntárias.

Neste acórdão, ficou evidente a função do Tribunal Constitucional como um tribunal que para além de declarar inconstitucionalidades, pode também definir novos formatos de interpretar uma questão mais política com controvérsia moral, o limite aí estaria no âmbito da ação do Tribunal Constitucional nesta seara e a sua legitimidade para decidir estas questões.

²¹⁴ RUBIO-MARÍN, Ruth. Abortion in Portugal: New trends in european constitutionalism. In: Cook, Rebeccaj.; Erdman, Joannan.; Dickens, Bernard. *Abortion law in transnational perspective: Cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania press, 2014, p. 36-55.

²¹⁵RAPOSO, Vera Lúcia. Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais. Aqueles que Nasceram (Breve Excurso Sobre o Enquadramento Penal das Lesões Pré-natais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1066-1109, p. 1089.

3.5 Perspectivas comparativas finais: o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Federal

De forma ampla, a ideia comparativa nos diz que a existência ou não de certos mecanismos numa determinada experiência constitucional pode dar uma melhor perspectiva para as insuficiências da justiça constitucional de um país ou pode simplesmente não ser “necessária” para as funções e o bom funcionamento de uma Corte Constitucional. Comprova-se isto com a comparação realizada nesta pesquisa da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.

No cerne da discussão, tem-se que o funcionamento, a composição, os mecanismos e as atribuições de papéis à jurisdição constitucional diferem nos dois países, o que, por conseguinte, impactará no volume de processos e na forma de atuação da Corte Constitucional. Não significa dizer, por óbvio, que uma experiência é superior à outra, mas a comparação ora especificada traz um panorama de visão crítica e evolutiva de cada sistema, aproveitando-se o que há de potencialmente mais eficaz em cada um para refletir em possíveis futuras reformas no sistema.

Dentre os pontos aqui levantados, temos que em um contexto de proteção mais direta de direitos fundamentais, o modelo brasileiro caminha no sentido de possuir a ferramenta da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), enquanto que o panorama da doutrina lusitana reclama a ausência de ferramenta destinada para salvaguarda desses direitos, além de uma inconstitucionalidade normativa²¹⁶.

Não significa dizer que a ausência de um instrumento que proteja os direitos fundamentais faz o Tribunal Constitucional falhar na missão de garante da Constituição, mas precisamente que dar à Corte Constitucional o papel de analisar as violações aos referidos direitos para além dos atos normativos, pode ser uma forma ainda mais eficaz de fazer valer o extenso rol de direitos fundamentais assegurados no texto constitucional.

Considera-se que esta ausência no contexto constitucional português que poderia, na percepção deste trabalho, incluir a defesa de agressões a direitos fundamentais no rol de competências de fiscalização do Tribunal Constitucional é um déficit claro do sistema português que não se verifica no contexto brasileiro.

Discutiui-se, também, em ambos os sistemas analisados, a presença de fiscalização por omissão e as insuficiências deste modelo de omissões inconstitucionais. Destaca-se a

²¹⁶ ALEXANDRINO, José de Melo. *Op. cit.*, 2017, p. 278.

baixa incidência de processos desta modalidade, justificados, no sistema português, pela configuração constitucional dada ao instrumento da fiscalização por omissão de modo que a própria estrutura não favorece a apresentação de casos de omissões constitucionais ao Tribunal Constitucional.

Nesse sentido, a consideração doutrinária portuguesa para melhorar a efetividade do instrumento liga-se ao fato de que é preciso fazer uma interpretação extensiva do que seria o controle da omissão considerando tudo aquilo que vai contra a Constituição e para além da inconstitucionalidade relacionada ao dever de concretização²¹⁷. No Brasil, por sua vez, a fiscalização da omissão é feita de forma abstrata para proibir a omissão da lei e da Administração.

Uma deficiência apresentada para o modelo português tem a ver igualmente com um ponto que encontra correspondência também no sistema brasileiro por meio da ADPF, que se cinge a uma proteção específica das autarquias locais no que diz respeito à sua autonomia local, garantidas constitucionalmente. Apesar disso, o sistema português de fiscalização não permite às autarquias que busquem abrigo no Tribunal Constitucional caso a sua autonomia seja agredida.

Nestes pontos de discussão, é possível ver que o modelo de fiscalização de constitucionalidade brasileiro tem uma amplitude que abriga maior proteção, o que dificulta a visualização de insuficiências. Isso não impede, por óbvio, uma visão crítica do modelo do Brasil quanto a outras questões dentro do sistema de constitucionalidade e do próprio modo de atuação do Supremo Tribunal Federal, que incessantemente irriga discussões doutrinárias²¹⁸.

Quanto a estes temas, em vias de comparação, fala-se no elevado número de processos que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro precisa apreciar dada a extensão das suas competências, bem como a própria densidade populacional do Brasil. Por outro lado, viu-se que o modelo português, para além de restringir a apreciação normativa do Tribunal, é um Tribunal para uma população significativamente menor.

Uma crítica disfuncional ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro arremata a noção de que, nos últimos anos, tem sido um Tribunal predominantemente “legislador” dada a uma

²¹⁷ SACRAMENTO, Bruno. *Op. cit.*, p. 327.

²¹⁸ STRECK, Lênio. *Op. cit.*, p. 22.

caminhada ativista marcada por crise de representação democrática do legislativo²¹⁹. Esta é uma questão que, apesar do Tribunal Constitucional Português ter experimentado em alguns momentos, como no período da “Jurisprudência da Crise”, não faz parte do perfil ou da característica majoritária desta Corte.

Soma-se a isto, o espaço que o Supremo Tribunal Federal tem nos media, no sentido de expor os julgamentos em transmissões em direto, relação bem diferente encontrada no Tribunal Constitucional português que possui uma transparência muito menor quanto aos seus julgamentos. Não quer dizer aqui que um modelo é melhor que o outro. Neste ponto, inclusive, para o funcionamento efetivo das Cortes Constitucionais, demasiada abertura para a opinião pública ou um fechamento muito grande, ambos podem ser danosos no que diz respeito à legitimidade democrática e ao papel de Guardião da Constituição atribuído aos Tribunais Constitucionais.

Apesar de advir de uma história constitucional fortemente relacionada e de um formato misto de fiscalização de constitucionalidade, é possível perceber nesta apreciação de insuficiências e críticas a ambos os sistemas que seja por razões históricas ou por dimensões geográficas-populacionais, o modo de realização do controle de constitucionalidade das Cortes Constitucionais possui poucas semelhanças e pontos de distinção bastante significativos.

Desse modo, comparando uma perspectiva estrita do Tribunal Constitucional quanto às suas funções no contexto de apreciação de inconstitucionalidades, vê-se que no Brasil o panorama é muito mais abrangente, o que facilita a identificação de ausências no primeiro e de excessos no segundo sistema. Ambos os sistemas podem ser naturalmente melhorados por meio de reformas constitucionais que possam preencher ou abordar as falhas e as críticas apresentadas, o que é também objetivo desta discussão ao apontar o que poderia funcionar melhor num sistema comparando-o com o outro.

²¹⁹ Para explicar melhor a crise de representatividade, desde as manifestações de rua de 2013, o processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff em 2016, a condenação judicial de vários políticos e ministros de Estado, a descoberta de esquemas grandiosos de corrupção e desvio de dinheiro público, entre tantas outras situações assistida pela sociedade brasileira mostrou as debilidades do sistema político e fez surgir um sentimento de aversão geral à classe legislativa. Somado a isto, o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal e a sua imagem perante a população de órgão superior de proteção da Constituição, judicial e aparentemente não político, causou uma inversão de papéis digna da nossa análise: a identidade de representação e a confiança está depositada no STF e não mais nas instâncias do poder legislativo, o que naturalmente nos faz repensar o significado da relação entre democracia e justiça constitucional.

CONCLUSÃO

Os sistemas de fiscalização de constitucionalidade possuem formatos mais sensíveis, de modo que apesar da proteção constitucional ser o papel principal dos Tribunais Constitucionais, isto impõe também a responsabilidade de proteger os direitos fundamentais do cidadão.

O sistema português de fiscalização da constitucionalidade também possui um caráter concentrado e difuso, à semelhança da experiência brasileira, sendo atribuída a competência ao Tribunal Constitucional para exercer o controle concentrado de constitucionalidade.

O sistema constitucional de fiscalização, ao longo dos anos, passou por poucas alterações no que toca ao seu modelo de funcionamento, o que significa que é um formato estabilizado na democracia constitucional em Portugal e no Brasil.

Isto, no entanto, não afasta o reconhecimento de que o sistema de controle de constitucionalidade de ambos os Estados analisados precisa efetivamente de renovação e reformas quanto a algumas insuficiências relatadas nesta pesquisa. Também não significa que a alteração da fiscalização afaste a estrutura original do sistema, mas que inclua novos mecanismos ou exclua aqueles que não fazem sentido para o sistema constitucional.

Ao comparar as críticas direcionadas aos sistemas de fiscalização da constitucionalidade no Brasil e em Portugal, torna-se evidente que ambos os sistemas possuem falhas a serem corrigidas.

Essa diferenciação oferece oportunidades de aprendizado e troca de experiências entre os sistemas. O Brasil pode se beneficiar da abordagem portuguesa no que toca à forma de composição, o caráter de menor intromissão em decisões políticas e a menor quantidade de processos que chegam para a apreciação do Tribunal. Por sua vez, o sistema português pode se inspirar na experiência do Brasil em lidar com questões constitucionais de defesa direta dos direitos fundamentais.

Em conclusão, embora ambos os sistemas de fiscalização da constitucionalidade sejam concentrados e difusos, suas diferenças podem proporcionar oportunidades de aprimoramento mútuo. A troca de experiências e a busca por um equilíbrio adequado podem fortalecer a proteção dos direitos fundamentais e contribuir para a consolidação do Estado de Direito tanto no Brasil quanto em Portugal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

ALEXANDRINO, J. M. Sim ou não ao recurso de amparo? *JULGAR*, 11, mai./ago. de 2010, pp. 41-49.

ALEXANDRINO, José Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. Vol. I. Raízes e contexto. Coimbra: Almedina, 2006.

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

AMARAL JUNIOR, L. d. *Revista dos Tribunais*, 920, junho de 2012.

AMARAL, M. L. Competências Complementares do Tribunal Constitucional. Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora, 2012a.

AMARAL, M. L. O Tribunal Constitucional e o desempenho das funções estranhas ao controlo de constitucionalidade das leis. In: RAMOS, Elival da Silva, *Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e Brasil* (pp. 25-33). Coimbra: Almedina, 2012b.

ANDRADE, J. C. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

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

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

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madri: Civitas, 1985.

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

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

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 5, pp. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Gestaçã de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista De Direito Administrativo*, vol. 240, (2005), pp. 1-42.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELEZA, M. d. (maio-agosto de 2016). Tutela Judicial efectiva e acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional. *Julgar*, n. ° 29, pp. 61-75.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Pauo: Editora Saraiva, 2004.

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

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

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

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

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

BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1946*. EC n. 16, 26 de novembro de 1965. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal — *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde*. Voto do Min. Gilmar Mendes. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.12/04/2012f.

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

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

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

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

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: *Perspectivas Constitucionais — Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra Editora, 1996, pp. 871-887.

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

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad Y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis (coord.). *Tribunales constitucionales europeos derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, 2: 50.

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

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2019.

CORWIN, Edward S. Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review. *Michigan Law Review*, 1914, 12.7: 538-572.

COSTA, A. A., Carvalho, A. D., & FARIAS, F. J. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. *Revista Direito Gv*, 12, janeiro-abril de 2016, pp. 155-187.

COSTA, Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Imprensa: Salvador, 2016.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Trad. Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994, p. 114-113.

FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de direito constitucional* (40ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi; MONTAL, Zélia Cardoso. Controle Preventivo de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil: alguns apontamentos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 64, ano 16, julho-setembro, 2008.

HIRSCHL, V. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, vol. 75, 2006.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos). *Revista de Investigações Constitucionais*, 2021, 8: 507-528.

MAGALHÃES, António Eduardo Baltar Malheiro de. "Restrições aos direitos e liberdades fundamentais". *Administração: Revista de Administração Pública de Macau*, V 21 81 (2008), 691-724.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11- 1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATSUSHITA, Mariana Barboza Baeta Neves; ISHIKAWA, Lauro; DE ALENCAR, Igor Rafael Carvalho. Justiça Constitucional entre o passado e o presente. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, 2022, 10.2: 624-647.

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

MENDES, G. F., & BRANCO, P. G. *Curso de direito constitucional* (11ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional. Estrutura constitucional do Estado. Sistemas políticos. Atividade constitucional do Estado. Fiscalização de constitucionalidade*. Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

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

MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Introdução à justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2021.

MORAES, A. de. (2000). *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição* (Tese (Doutorado)). São Paulo: Universidade de São Paulo.

MORAIS, C. B. Insuficiências dos efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. In *Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e Brasil*. Coimbra: Almedina, pp. 53-61, 2012.

MORAIS, C. B. *Justiça Constitucional. O direito do contencioso constitucional. I* (2ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

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

MUZZI FILHO, Carlos Victor; MURTA, Antônio Carlos Diniz. O controle de constitucionalidade no Brasil: dilemas históricos do Supremo Tribunal Federal e as reformas do século XXI. *Conpedi Law Review*, 2016, 2.2: 315-334.

NOVAIS, J. R. *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade*. Lisboa: AAFDL, 2017.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

RAMOS, E. S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* (2ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2015.

RAPOSO, Vera Lúcia. Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais. Aqueles que Nasceram (Breve Excurso Sobre o Enquadramento Penal das Lesões Pré-natais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1066-1109.

REYES, Aragón. La justicia constitucional em el Siglo XX. Balance y perspectivas em el Umbral del Siglo XXI. *La ciência del Derecho durante em el Siglo XXI*. Mexico: Universidad Autónoma de México, 1998.

RUBIO-MARÍN, Ruth. Abortion in Portugal: New trends in european constitutionalism. In: Cook, Rebecaj.; Erdman, Joannan.; Dickens, Bernard. *Abortion law in transnational perspective: Cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania press, 2014, p. 36-55.

SACCHETTO, Thiago Coelho. As Transmissões Midiáticas das Sessões de Julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, 2018, 16.22: 204-224.

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

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2ª Edição. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.

SHAPIRO, Martin. The “Globalization” of judicial review. In: *Legal culture and the legal profession*. Routledge, 2021. p. 119-135.

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

SILVA, José Afonso da. Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 1998, esp.: 159-185.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STAMILE, Natalina. Alguns aspectos de ordem geral sobre o conceito de Constituição, interpretação constitucional e justiça constitucional italiana. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, 2020, 5.1: 71-91.

STF. *Corte Aberta*. Disponível em:
https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. Imprensa: Rio de Janeiro, 2018.

TRINDADE, A. K., & MORAES, F. S. Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, 53, pp. 57-84, 2011.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

VEIGA, Paula. *O que faz de um Presidente da República um Presidente Republicano? Estatuto Constitucional*. Lisboa: Petrony, 2018.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2.ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, 2008, 4: 441-463.
[view/43618>](#). *Revista de Direito Administrativo FGV*, 240, pp. 1-42, abril-junho de 2005.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. *Acórdão da ADPF 54 do Supremo Tribunal Federal*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgglefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

BRASIL. *Acórdão do Habeas Corpus n.º 84.025-6/RJ*. Plenário. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Março de 2004. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/769331>.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/10*, Processo n.º 733/07 e 1186/07. Secção (Plenário). Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 182/89*. Processo n.º 298/87. Plenário. Relator: Conselheiro Mário de Brito. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890182.html?impressao=1>.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/02*. Processo n.º 489/94. 2.ª Secção (Plenário). Relator: Conselheiro Bravo Serra. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>.