

1

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A FISCALIZAÇÃO/CONTROLE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS À LUZ DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E PORTUGUESA

Agnaldo Rodrigues Pereira¹

RESUMO

Esse trabalho explora, sucintamente, os modelos de controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, em breve estudo comparado, adotados pelos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil e em Portugal, apontando os institutos coincidentes e os divergentes e visando o aproveitamento das experiências nos planos jurídicos e administrativos de ambos os países.

Palavras-Chaves: Controle da constitucionalidade. Omissão. Fiscalização preventiva. Sucessiva concreta. Abstrata. Declaratória de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos. Efeitos retroativos. Modulação.

ABSTRACT

This document explores briefly the models of constitutional control of infra-constitutional norms, in a brief comparative study, adop-

¹ Magistrado do TJMG, Titular da 2ª Vara de Feitos Tributários e Coordenador do Núcleo de Apoio à Prestação Jurisdicional do Interior – NAPI. Pós-graduado em Direito Público e Processual Civil. Ex-Professor de Processo Civil. Pós-graduado em Direito da Comunicação. Mestrando em Ciências Jurídico-Forenses pela Universidade de Coimbra – Coimbra – Portugal. Maio/2013.

ted by existing legal systems in Brazil and Portugal, pointing the overlapping and divergent institutes aimed at harnessing the experiences in the legal and administrative plans of both countries.

Keywords: Control of constitutionality. Omission. Preventive control successive concrete. Abstract. Declaratory judgment of unconstitutionality. Prospective effect. Retroactive. Modulation.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Objetivo; 3. Desenvolvimento – Estudo das Constituições; 4. Aspectos da Jurisprudência; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

Através da atribuição a um órgão ou grupo de órgãos de uma função específica fundamental, visa-se obter o velho desiderato do equilíbrio de poderes e de um governo moderado, tal como Montesquieu o definiu impressivamente *‘Pour qu’on ne puisse pas abuser du pouvoir il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir’* (De l’Esprit des Lois, 1748, Livro XI, Cap. IV). 2 (Grifos nossos)

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno, com fins não apenas em um constitucionalismo único, mas em vários constitucionalismos (constitucionalismos inglês, americano e francês), representa uma “...técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos...” ou, ainda, na acepção histórico-descritiva – no “...movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político...”³, visando, com isso, a criação de uma nova forma de controle e equilíbrio do poder político.

Maria Benedita Urbano quando leciona sobre a Justiça Constitucional e a garantia da Constituição adverte que

² Montesquieu. *Apud* JJ GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11ª Reimpressão. Almedina, p. 558.

³ J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11ª Reimpressão. Almedina, p. 52-53.

A garantia da constituição é assegurada ainda, de forma genérica, pela afirmação do princípio da separação de poderes e, de forma mais específica, pelos requisitos ou limites à revisão constitucional, pelas garantias que sempre tem que ser salvaguardadas mesmo nas situações de anormalidade ou excepcionalidade constitucional (como estado de sítio ou estado de emergência), pela vinculação de todos os poderes públicos à constituição, pela consagração da responsabilidade civil do Estado (v.g., do Estado-Legislador, do Estado-Juiz) por violação da constituição, designadamente dos direitos fundamentais, etc.⁴

Há, efetivamente, uma necessidade de “freios” e “contrapesos” nas relações de poder que envolvem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário,⁵ cujos parâmetros devem estar devidamente *positivados* nas Cartas Magnas, possibilitando, dessa feita, que eventuais excessos, de quaisquer dos poderes, sejam controlados.

Os excessos, por sua vez, podem se traduzir em descumprimento dos princípios constantes da própria Constituição, tanto de ordem positiva quanto negativa, gerando, com isso, a necessidade de aparelhamento dos poderes de instrumentos capazes de proceder a formatação dos atos normativos ao comando constitucional, como norma cimeira, a que o ordenamento jurídico deve observância, sob pena de inconstitucionalidade.

As nações soberanas, em conformidade com as opções políticas dos legisladores constitucionais originários (quando se fala, logicamente, de constituições democráticas, elaboradas livremente por legítimos representantes do povo), adotam modelos de fiscalização/controlado da (in)constitucionalidade que se amoldam as peculiaridades de cada Estado soberano, com vistas à garantia e à preservação da própria Constituição.

⁴ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Almedina, p. 11.

⁵ “Embora não sejam tradicionalmente incluídos nos mecanismos de defesa da constituição, tem também carácter garantístico a ordenação constitucional de funções e o esquema de controlos interorgânicos e intra-orgânicos dos órgãos de soberania. O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controlo entre os vários órgãos transformam-se em relevantes factores de observância da constituição”. (J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11ª Reimpressão. Almedina, p. 889).

A fiscalização e o controle pode ser feito pelo próprio legislador. Alias, o controle da conformidade das leis com a constituição começou por ser do tipo político,⁶ entretanto, diante da baixa eficácia da fiscalização/controle da (in)constitucionalidade pelo parlamento (que é uma fiscalização e um controle estritamente político), em que os parlamentares são “juizes em causa própria”⁷, surgiu o controle por meio dos tribunais, que encontra suas raízes nos modelos americano, austríaco e francês. Ditos modelos apontam para um novo tipo de fiscalização/controle, qual seja: o jurisdicional, que pode ser exercido de várias formas e com várias designações: preventivo, incidental, concentrado, difuso, concreto, abstrato, por ação ou omissão.

A fiscalização/controle, tanto no Brasil quanto em Portugal, são judiciais, com ou menor interferência política, já que, diferentemente do Brasil em que são objeto de controle de normas já promulgadas e/ou sancionadas, Portugal acolhe um tipo de controle abstrato e preventivo, quando a norma ainda é imperfeita, por não estar em vigor.⁸

Além dessa primeira dissemelhança, de opino, é possível apurar outras divergências entre os modelos adotados em Portugal e pelo Estado brasileiro, inclusive pela sua própria condição de Federação, com um Distrito Federal e Municípios, enquanto que o Estado português conta com Regiões Autônomas, Municípios e Freguesias. A própria estruturação do Poder Judiciário e a filosofia recursal dão mostras que foram gestados, nas respectivas épocas, para atender as peculiaridades nacionais.

Mas, naquilo que credita-se como pontos primordiais e de partida para viabilizar um comparativo dos sistemas, força reconhecer que ambos os Estados os adotam, quais sejam: a supremacia da Constituição, com cláusulas pétreas e adoção de requisitos rígidos para revisão/emenda (v.g., *quorum* qualificado), de forma a viabilizar um efetivo controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário, como guardião da Constituição.

⁶ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 19.

⁷ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p.19.

⁸ É um tipo de fiscalização estritamente política, abstrata e preventiva, já que a norma ainda é imperfeita e não está em vigor, independentemente de estar ou não a ser aplicada num caso concreto.

2. OBJETIVO

Analisar os modelos de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais; se há correspondência de institutos jurídicos; as concordâncias e discrepâncias, valendo-se, sempre que possível, da doutrina e, ainda, de ilustrações da jurisprudência.

3. DESENVOLVIMENTO – ESTUDO DAS CONSTITUIÇÕES

A Constituição da República portuguesa, no seu preâmbulo, registra que

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito Democrático e de abrir caminhos para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país livre, mais justo e fraterno.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil também acentua que

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Aflora nas duas Constituições, portanto, o compromisso com o *Estado Democrático*, o qual, por sua vez, reclama a separação dos poderes e a manutenção da estrutura normativa, que envolve a revisão constitucional e a fiscalização/controle da (in)constitucionalidade, cujos institutos visam garantir e preservar a Constituição, buscando a sua estabilidade, além de prevenir a criação de normas inconstitucionais, já que

...através da fiscalização da constitucionalidade e do sistema de revisão afirma-se a fundamental supremacia da Constituição como *lei fundamental da ordem jurídica*, impondo-se a toda a actividade do Estado (incluindo a de produção normativa) e definindo e demarcando os limites da sua própria alteração.⁹

Nesse compasso, tem-se que as nossas Constituições (CRP e CRFB) são normas cimeiras e democráticas, formadas por um conjunto de dispositivos que dão concretude ao Estado de Direito contendo normas materiais, formais, escritas e, quanto a estabilidade, rígidas, já que somente alteráveis mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares.¹⁰

No entanto, como assevera Kildare Gonçalves Carvalho,

As Constituições, embora vocacionadas para a estabilidade e a permanência, não são documentos eternos, pois devem adaptar-se à realidade e aos novos tempos. As Constituições não se esgotam no momento de sua criação, mas se inserem num processo que envolve sua aplicação, e de que participam não só os detentores do poder como os destinatários das suas normas.¹¹

Por tal, estão previstos processos para reforma, revisão e emenda das Constituições de importância ímpar, mas que, todavia, não serão abordados nesse breve estudo, o qual se ocupará, nomeadamente, dos métodos para a fiscalização/controle da (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais, merecendo registro, entretantes, da existência de cláusulas pétreas, impostas pelo legislador constitucional originário e que não podem ser revistas pelo poder constituinte derivado, já que dito poder derivado não é para elaborar uma nova constituição, *in verbis*:

1º) O § 4º artigo 60 da CRFB preceitua que

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

⁹ GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Editora: Coimbra, p. 880.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Editora: Revista Malheiros, p. 45.

¹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 10. ed. Editora: Del Rey, p. 211.

- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

2º) O *artigo 228º da CRP* estabelece que

As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

- a) a independência nacional e a unidade do Estado;
- b) a forma republicana de governo;
- c) a separação das Igrejas do Estado;
- d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;
- f) a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- g) a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista;
- h) o sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i) o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j) a separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- l) a fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas;
- m) a independência dos tribunais;
- n) a autonomia das autarquias locais;
- o) a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

São limites impostos ao legislador derivado, acentuando Jorge Miranda, além disso, ser materialmente inconstitucional a revisão que:

- a) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais que devam reputar-se limites materiais da revisão, embora implícitos (por exemplo, uma lei de revisão, que estabeleça discriminação em razão de raça, infringindo, assim, o princípio da igualdade);
- b) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos (por exemplo, uma lei de

revisão que estabeleça censura à imprensa, afetando, assim, o conteúdo essencial de um direito fundamental de liberdade);

c) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos, com concomitante eliminação ou alteração da respectiva referência ou cláusula;

d) estipule como limites materiais expressos princípios contrários a princípios fundamentais da Constituição¹².

Na mesma linha, **J.J. Gomes Canotilho** lembra que a revisão está constitucionalmente sujeita a limites formais, circunstanciais e materiais e que a

... não observância, pela lei de revisão, dos limites estabelecidos na constituição, coloca-nos perante o problema da *desconformidade constitucional das leis de revisão*, problema esse que não é substancialmente diferente do problema da inconstitucionalidade das leis ordinárias, dado que o poder de revisão é um poder constituído e não uma novação do poder constituinte.¹³

Esse é, também, o posicionamento de Kildare Gonçalves Carvalho:

As Emendas Constitucionais são passíveis de exame em ação direta de inconstitucionalidade, já que devem observar as exigências formais do artigo 60, I, II e III, §§ 1º a 3º, da Constituição, como também as denominadas cláusulas pétreas, de que trata o § 4º do artigo 60.¹⁴

In casu, se levada a cabo uma revisão constitucional que ofenda a própria Constituição, diante do sistema de controle judicial de constitucionalidade, será do Poder Judiciário a competência para apreciar as arguições de inconstitucionalidade da reforma, revisão ou emenda da respectiva Constituição.

Em arremate, importa salientar que o Poder Judiciário não age *ex officio* e, para tanto, os legitimados terão que postular a declaração de inconstitucionalidade da revisão/emenda constitucional.

Composto esse breve registro, vejamos, então, os modelos adotados pelas Constituições portuguesa e brasileira para fiscalização/

¹² MIRANDA, Teoria do estado e da constituição, p. 426. Apud KILDARE GONÇALVES CARVALHO, p. 219-220.

¹³ J.J. GOMES CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 1074.

¹⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. cit.*, p. 269.

controle da (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais, as concordâncias, discordâncias e alguns aspectos concretos.

Notam-se, de princípio, divergências de nomenclaturas e na topografia dos textos constitucionais, pois enquanto a Constituição portuguesa fala em *Fiscalização da Constitucionalidade*,¹⁵ que, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira, significa essencialmente “...que a Constituição é a lei básica do país e que toda a ordem jurídica deve ser conforme com ela. Ela é o corolário da consideração da Constituição como norma-quadro da República, isto é, como lei fundamental da ordem jurídica”¹⁶, contando com Capítulo próprio; a Constituição da República Federativa do Brasil não traz capítulo próprio sobre fiscalização de constitucionalidade, inserindo no Capítulo III, que trata do Poder Judiciário, as normas relativas ao controle de constitucionalidade, por ação e por omissão.

Da análise desses capítulos, apura-se, com certeza, que os Tribunais brasileiros e portugueses possuem competência para realizarem a “fiscalização” e o “controle” da (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais, difuso ou concentrado, seja por ação ou omissão.

Outra diferença reside no instituto português de *fiscalização da ilegalidade de normas/diplomas pelo Tribunal Constitucional – TC*, cuidando-se, a grosso modo, de uma “equiparação” ao controle da inconstitucionalidade quando se está diante de leis de valor reforçado, estatutos das regiões autônomas (*Arquipélagos dos Açores e da Madeira*)¹⁷ e/ou equiparadas, fato estranho e não previsto na Constituição brasileira por abordar peculiaridades do Estado português. Lado outro, em razão da forma federativa, contando os Estados-Membros com *Constituições Estaduais* e, conseqüentemente, que podem ser objeto de controle da constitucionalidade em face da Constituição Federal, mas, também, são paradigmas para o controle de constitucionalidade

¹⁵ Constituição da República Portuguesa, Parte IV, Garantia Revisão da Constituição. Título I – *Fiscalização da Constitucionalidade*.

¹⁶ GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, p. 891.

¹⁷ Se se, por um acaso, o Estado Português vier a elevar os *Arquipélagos dos Açores* e da *Madeira* à condição de Estados-Membros, que é plenamente compatível com a existência de Constituições Estaduais, o modelo Constitucional Brasileiro poderá ser utilizado como paradigma.

de normas estaduais e municipais que estejam em desconformidade com a Constituição do respectivo Estado-Membro, foram adotados mecanismos próprios para o controle e que guarda nuances próprias.

Essa peculiaridade revela que no Brasil, a princípio, normas estatuais e municipais podem se submeter a 2 (dois) controles de constitucionalidade: o *primeiro* em face da Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição Federal); e o *segundo* em face da Constituição Estadual.

Kildare Gonçalves Carvalho esclarece que

No âmbito da *legislação dos Estados-Membros e dos Municípios*, compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar, originariamente, a ação direta, desde que a lei ou ato normativo contrariar a Constituição estadual, vedada a legitimação para agir a um único órgão: é o que se depreende da dicção do artigo 125, § 2º, da Constituição Federal.

Com relação a *lei municipal*, o controle de constitucionalidade dá-se no caso concreto (via de exceção) ou em tese (via de ação). No primeiro caso, a lei municipal poderá ser contrastada com as Constituições Federal e Estadual; no controle em tese, abstrato ou por via de ação, a inconstitucionalidade da lei municipal deverá estar limitada ao texto da Constituição Estadual apenas.¹⁸

Insta esclarecer, ainda no tocante as leis municipais, que o *Supremo Tribunal Federal – STF* – já decidiu que inexistente controle abstrato de lei ou ato normativo municipal em face da Lei Orgânica do mesmo Município.¹⁹ Entretanto, conforme defende Agnaldo Rodrigues Pereira, é perfeitamente possível o *controle da legalidade* da lei ou ato normativo municipal em face da lei orgânica do mesmo Município, via ação ordinária ou mandado de segurança.²⁰

¹⁸ CARVALHO. *Op. cit.*, p. 271.

¹⁹ Recurso Extraordinário. 2. Controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal em face da Lei Orgânica do Município. *Inexistência de previsão constitucional*. 3. Recurso não conhecido. (STF – Recurso Extraordinário – RE n. 175.087/SP – Relator(a): Min. Néri da Silveira – Julgamento em 19/03/2002 – Órgão Julgador: Segunda Turma – DJ 17-05-2002 PP-00073

²⁰ PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. A antecipação da tutela na ação declaratória de ilegalidade de lei municipal. *Jurisprudência Mineira/Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, v. 51, n. 153, p. 19-29, jul./set. [0588700] SEN PGR STF STJ

Guardadas as indispensáveis distinções, é a hipótese que mais se aproxima da fiscalização de ilegalidade prevista na Constituição portuguesa, já que as normas municipais devem guardar conformação com a Lei Orgânica Municipal, a qual é “equiparável” a uma lei portuguesa de valor reforçado, que não dá azo ao controle de (in)constitucionalidade, mas, sim, de ilegalidade, tal como ocorre em Portugal quando confrontadas com leis de valor reforçado ou os estatutos das regiões autónomas.

Deixando, agora, esses pormenores de lado, considerando apenas as Constituições, como as Cartas Magnas dos respectivos Estados Soberanos, no tocante à fiscalização ou controle da (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais, têm-se o seguinte:

I) SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE PORTUGUÊS

Existem 4 (quatro) formas de fiscalização:

fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por ação;

fiscalização sucessiva concreta da inconstitucionalidade por ação;

fiscalização sucessiva abstrata da inconstitucionalidade por ação; e
fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

II) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Existem, também, 4 (quatro) formas de controle:

a) por via de ação direta de inconstitucionalidade por ação;

b) por via de ação declaratória de constitucionalidade;

c) mediante o controle concreto da inconstitucionalidade; e,

d) por via da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Para facilitar a investigação comparativa, seguiremos a nomenclatura portuguesa e buscaremos os correspondentes institutos brasileiros naquilo que forem compatíveis ou que guarde(m) alguma(s) semelhança(s).

1º) FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA / MANDADO DE SEGURANÇA

O Estado português dispõe de uma fiscalização preventiva, essencialmente política, que é realizada pelo Tribunal Constitucional

quando a norma ainda não foi introduzida na ordem jurídica, ou seja: é realizada uma *apreciação preventiva* da constitucionalidade de normas imperfeitas. Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho: “Se ele é feito quando a lei ou acto equivalente sujeito a controlo é ainda um ‘acto imperfeito’, carecido de eficácia jurídica, diz-se que o controlo é *preventivo*”.²¹

É um controle essencialmente abstrato e evita que normas tidas como inconstitucionais entrem em vigor, visando a garantia da própria segurança jurídica e do próprio Estado de Direito.

É um controle concentrado, realizado apenas pelo Tribunal Constitucional – TC – o qual, em até 25 (vinte e cinco) dias: pronunciar-se pela inconstitucionalidade ou não se pronuncia pela inconstitucionalidade. Uma particularidade desse sistema é que se o Tribunal Constitucional *não se pronuncia* pela inconstitucionalidade, essa decisão *não* tem efeitos preclusivos e a questão da inconstitucionalidade poderá voltar a ser arguida e apreciada pelo próprio Tribunal Constitucional, em abstrato ou nos casos concretos.

O Brasil não desfruta de tal sistema, inexistindo a apreciação preventiva pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Estaduais locais de normas imperfeitas. Conforme lecciona Kildare Gonçalves Carvalho, no Brasil, o

...controle prévio é predominantemente político, pois se inicia no âmbito do próprio Poder Legislativo, cabendo às Comissões Parlamentares, em especial as denominadas de ‘Constituição e Justiça’, que examinam e emitem parecer sobre a constitucionalidade ou não do projeto, e ao Presidente da República, pelo veto (art. 66, § 1º, da Constituição), impedindo o ingresso de lei inconstitucional no ordenamento jurídico.²²

Saliente-se, entretanto, sobre a hipótese de haver o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, no âmbito do *processo legislativo*, o qual incidirá sobre o projeto de lei, já que as normas disciplinadoras da tramitação legislativa vinculam a atividade do legislador e devem, portanto, ser respeitadas. É um controle concentrado difuso ou pela via de exceção, já que incabível o controle concentrado ou

²¹ J.J. GOMES CANOTILHO. Op. cit., p. 901.

²² CARVALHO. Op. cit., p. 250.

pela via de ação direta de inconstitucionalidade, o qual é exercível por meio do *Mandado de Segurança*, cuja legitimação ativa vem sendo reconhecida apenas aos parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo. Contudo, ditos casos são analisados com extrema cautela para não avançar em questões que se circunscrevem ao domínio *interna corporis*, sendo imune à crítica judiciária.

2º) FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA CONCRETA / CONTROLE CONCRETO

Quando o ato normativo está perfeito, pleno de eficácia jurídica, a fiscalização e/ou controle sobre ele é *sucessivo* ou *a posteriori*. O exame de fiscalização de constitucionalidade faz-se, assim, num momento sucessivo ao “aperfeiçoamento” do ato normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor.²³

O controle judicial concreto abrange todas as normas do ordenamento jurídico susceptíveis de controle sob o ponto de vista da constitucionalidade. Na óptica de Paulo Bonavides “O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida.”²⁴

Esclarecem J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira que

O regime da fiscalização concreta revela claramente a sua *natureza mista*, entre o sistema difuso, tradicional entre nós, e o sistema concentrado, de tipo austríaco. O sistema de controlo é um sistema original: diferentemente do que acontece com outros sistemas dotados de tribunal constitucional onde se consagrou o chamado ‘incidente de inconstitucionalidade’, os tribunais comuns também têm *acesso directo* à Constituição, dispondo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas; mas, diversamente dos sistemas de *judicial review*, as decisões dos tribunais da causa são recorríveis para um tribunal constitucional específico, exterior à jurisdição ordinária.²⁵

²³ J.J. GOMES CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 902.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Editora: Malheiros, p. 294.

²⁵ GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, p. 886.

Assim, o Estado português atribuiu a todos os tribunais de 1ª e 2ª Instâncias, além do próprio Tribunal Constitucional, a competência para julgar a existência de inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto, que está em julgamento, admitindo, assim, o sistema de controlo difuso e, conforme observado acima, um sistema original.

O Estado brasileiro, nessa seara, também admite que os magistrados de 1ª Instância, das Turmas Recursais e dos Tribunais²⁶ (Tribunais Estaduais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal), no julgamento dos casos concretos, declarem a inconstitucionalidade de normas qualificadas de inconstitucionais.

As maiores diferenças situam-se no sistema recursal, já que em Portugal os recursos das decisões dos tribunais da causa (*que julgam pela inconstitucionalidade*) são dirigidos diretamente ao *Tribunal Constitucional*, que é considerado exterior à jurisdição ordinária, enquanto que no Brasil os recursos são, primeiro, para os Tribunais de Justiça Estaduais ou Federais e Turmas Recursais, se a decisão for do Juiz de 1º Grau e, assim, sucessivamente, até que aporem no *Supremo Tribunal Federal*, que é o guardião da Constituição, mas não é um órgão exterior à jurisdição. Com essa conformação, todos fazem parte da jurisdição ordinária, inclusive o STF – Supremo Tribunal Federal, e há o esgotamento da jurisdição ordinária.

²⁶ Cabível, aqui, um breve esclarecimento sobre o Poder Judiciário Brasileiro. Nos termos do Artigo 92 da CRFB, são órgãos do Poder Judiciário: I – o *Supremo Tribunal Federal*; I – *Ao Conselho Nacional de Justiça*; (*Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004*) II – o *Superior Tribunal de Justiça*; III – os *Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais*; IV – os *Tribunais e Juízes do Trabalho*; V – os *Tribunais e Juízes Eleitorais*; VI – os *Tribunais e Juízes Militares*; VII – os *Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios*. O Poder Judiciário conta, ainda, com Turmas Recursais, formadas por Juízes de 1º Grau, com competência recursal, atuando como 2º Grau de Jurisdição no âmbito dos Juizados Especiais de Pequenas Causas Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95).

O controlo difuso pode ser realizado por qualquer Magistrado, no caso concreto, e o recurso da decisão segue o sistema recursal ordinário.

Assim, diferentemente de Portugal, inexistente possibilidade de recurso direto da decisão do Juiz de 1º grau jurisdicional diretamente para o STF – Supremo Tribunal Federal, que é Tribunal Constitucional e recursal, salvo nos casos excepcionais em que os Tribunais atuem com competência originária.

Saliente-se, por óbvio, que os recursos extraordinários serão diretamente para o *Supremo Tribunal Federal*,²⁷ quando as causas forem decididas em única ou última instância, pelas Turmas Recursais, pelos Tribunais Estaduais e Federais (Tribunais Eleitorais, do Trabalho e da Justiça Federal e Militar), pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST –, pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE –, pelo Superior Tribunal Militar – STM – ou pelo *Superior Tribunal de Justiça* – STJ.

Sobre os efeitos, pode-se afirmar que as decisões, tanto no sistema brasileiro quanto no português, valem apenas para os casos que deram origem aos recursos, ou seja: é um sistema de desaplicação com eficácia *inter partes*, com *efeitos particulares*, “...pois o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes”.²⁸

Calha aqui esclarecer que pelo sistema adotado por Portugal existe a possibilidade do controle passar de concreto para abstrato. É o que ocorre quando o *Tribunal Constitucional – TC – de Portugal* tenha julgado inconstitucional uma norma em 3 (três) casos concretos, quando, então, o próprio TC – Tribunal Constitucional apreciará e declarará, *com força obrigatória geral*, a inconstitucionalidade da norma, o qual é denominado de processo de declaração de inconstitucionalidade com base no controle concreto, previsto no artigo 281º, n. 3, da CRP e artigo 82º da LTC.²⁹

²⁷ Nos termos do Art. 102 da CRFB: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a *guarda da Constituição*, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: ... *omissis*. II – julgar, em recurso ordinário: ... *omissis*. 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

²⁸ J.J. GOMES CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 903.

²⁹ Artigo 82º da Lei do Tribunal Constitucional – (*Processo aplicável à repetição do julgado*)

O Direito brasileiro não dispõe de sistema idêntico, mas conta com o instituto da *Súmula Vinculante*, o qual está estruturado pelo artigo 103-A da CRFB nos seguintes termos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, *após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) (*Vide Lei n. 11.417, de 2006*). Grifos nossos

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (*Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004*)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (*Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004*)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Grifos nossos

Vê-se que o sistema brasileiro é o mais exigente. Enquanto que no sistema português são exigidas apenas 3 (três) decisões, para o STF – Supremo Tribunal Federal desencadear o processo de elaboração da futura súmula vinculante exige-se reiteradas decisões sobre matéria constitucional, além doutros requisitos.

Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao Presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei.

Em comum, nessas duas últimas exceções: os efeitos são *erga omnes*.³⁰

3º) FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA ABSTRATA/AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme já dito, quando o ato normativo está perfeito, pleno de eficácia jurídica, o controlo sobre ele é *sucessivo* ou *a posteriori*. O exame de fiscalização de constitucionalidade faz-se, assim, num momento sucessivo ao “aperfeiçoamento” do ato normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor³¹.

³⁰ Nesse sentido: “SÚMULA VINCULANTE – EFICÁCIA ERGA OMNES – SUPERPOSIÇÃO A QUALQUER MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI – A Súmula Vinculante n. 04 do Excelso STF tem eficácia imediata e se superpõe a qualquer método de interpretação que se pretenda utilizar para uma interpretação da lei. Súmulas são insuscetíveis de ser interpretadas, por já expressarem a síntese da uniformização da jurisprudência, especialmente as Súmulas Vinculantes, que possuem eficácia de definitividade equivalente à lei (stare decisis) e se aplicam com a mesma eficácia geral e abstrata da lei com caráter erga omnes, a todos os cidadãos e à Administração Pública. Portanto, negar a aplicação do comando da Súmula Vinculante equivale a descumprir a lei, porquanto, por seu intermédio, o Excelso Supremo Tribunal Federal delimita a único significado da lei, que deve ser cumprido por toda a estrutura de organização do Estado, não apenas a Administração da Justiça, mas também, e acima de tudo, a Administração Pública. Por isso, descumprir o comando da Súmula Vinculante equivale ao descumprimento da lei, ao passo que aplicá-la de forma canhestra equivale a fraudar a lei (“contra legem facit qui facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit”). É o que pedem os recorrentes em suas razões recursais, no sentido de que seja reformada a r. sentença recorrida, que aplicou a referida Súmula Vinculante, a fim de que seja determinado ao MM. Juízo a quo a utilização da analogia para a solução de uma suposta incompatibilidade entre a parte final do artigo 192 da CLT e o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, de forma diversa da solução judicial já delineada pela Súmula Vinculante n. 04 do Excelso STF. Negado provimento ao recurso. (TRT 3ª R. – RO 00661-2009-091-03-00-7 – Terceira Turma – Rel. Des. Milton Vasques Thibau de Almeida – DJe 14.12.2009) (Ementas no mesmo sentido)”.

³¹ J.J. GOMES CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 902.

Esclarecem J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira que

Ao lado do controlo concreto e difuso, existe um controlo abstracto e concentrado, também chamado controlo em ‘via principal’, em ‘via de acção’ ou em ‘via directa’. O controlo abstracto é independente da fiscalização concreta, mas existe a possibilidade de trânsito de controlo concreto para o controlo abstracto, a fim de se obter a generalização das decisões proferidas em controlo concreto (art. 281º-3).

O controlo abstracto concentrado também é universal, dado que abrange todas as normas susceptíveis de fiscalização por inconstitucionalidade. Compete ao TC em exclusivo, a requerimento de certos órgãos públicos, não estando aberto à generalidade dos cidadãos, nem sequer aos interessados na fiscalização da norma.³²

O Estado português dispõe de um controle abstrato e concentrado, que é independente da fiscalização concreta, realizado exclusivamente pelo *Tribunal Constitucional* – **TC**. Esse controle é realizado, conforme já asseverado, quando a norma está em vigor, mas não está em aplicação em um caso concreto, entretanto, existe a possibilidade de um controle passar de concreto para abstrato (artigo 281º 3º da CRP).

A declaração de inconstitucionalidade é dotada de força obrigatória geral.

O modelo brasileiro também admite o controle abstrato e concentrado da inconstitucionalidade pelo *Supremo Tribunal Federal* – **STF** quando as normas estejam em desconformidade com a Constituição Federal.

É o intitulado controle por via de ação,³³ introduzido pela Constituição de 1988, constituindo-se numa nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de carácter genérico, cuja decisão que declara a inconstitucionalidade também tem efeitos *erga omnes*.³⁴

³² GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, p. 886-887.

³³ “*Temos no Brasil duas sortes de controle da constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação*”. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros. 9ª Edição., pag. 293.

³⁴ Artigo 102 § 2º da CRFB: “*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações*

Há no sistema brasileiro, entretanto, 2 (dois) diferenciais:

- a) os Tribunais Estaduais também apreciam e declaram a inconstitucionalidade, no âmbito dos Estados-Membros, das leis que estejam em desconformidade com as respectivas Constituições Estaduais;³⁵
- b) a possibilidade de ajuizamento de ação *declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*,³⁶ cuja ação visa paralisar o debate em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo e tem, por pressuposto fático, a existência de decisões de constitucionalidade, em processos concretos, visando solucionar esse estado de controvérsia generalizado por via da coisa julgada vinculante, quer confirme as decisões proferidas concluindo-se, em definitivo, pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade da lei, encerrando os processos em aberto.

O processo e o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade foram regulamentados pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

4º) FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Os Tribunais Portugueses realizam, além da fiscalização e/ou controle da inconstitucionalidade das normas por ação, em abstrato

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”

³⁵ Nos termos do § 2º do Art. 125 da CRFB: § 2º – *Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.*

³⁶ A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida em nosso Direito pela Emenda Constitucional n. 2, de 17.3.1993, que deu nova redação à alínea a do inciso I do artigo 102 da Constituição, passando o seu parágrafo único a § 1º, e acrescentando-lhe o § 2º, bem como acrescentou o § 4º ao artigo 103, entretanto, *com a Emenda 45, de 2004*, o § 4º do Artigo 103 foi revogado, com a alteração da redação do § 2º, nos seguintes termos:

e em concreto, ainda, um controle concentrado de omissões legislativas, que é o controle da inconstitucionalidade por omissão, realizado exclusivamente pelo TC – Tribunal Constitucional.

O efeito prático, entretanto, é praticamente inexistente, já que se limita à certificação da omissão e à comunicação da decisão ao órgão legislativo competente para conhecimento (*artigo 283º n. 2 da CRP: Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente*). A princípio, sem nenhuma consequência pela manutenção da inércia legislativa.

O Direito brasileiro, provavelmente de inspiração constitucional portuguesa,³⁷ também incorporou o controle da inconstitucionalidade por omissão, que decorre da inércia ou do silêncio do legislador, descumprindo obrigação constitucional de legislar.

Tal qual em Portugal, o legislador constitucional brasileiro foi extremamente comedido e não avançou com providências concretas, dispondo, no § 2º do artigo 103 da CRFB, que “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”.

Na abalizada análise de José Afonso da Silva, dita inovação não deixa de ser um grande passo, contudo

...a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o prin-

Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar originariamente: A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

(...) § 2º § 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. (*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004*)”

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Editora: Malheiros, p. 300.

cípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.³⁸

Essas são, a princípio, as correlações sobre o tema, não avançando noutros institutos constantes do ordenamento jurídico brasileiro, tais como o *Mandado de Injunção* introduzido pelo artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal³⁹ e *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* prevista no artigo 102, § 1º, também da Constituição Federal⁴⁰ e que foi regulamentada pela Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, já que não guardam correspondência direta com o ordenamento jurídico português.

4. ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA

Dentre várias decisões, foram escolhidos apenas 4 (quatro) julgados, os quais demonstram que os Tribunais Constitucionais, de ambos os Países, em razão da própria carga política, quando da aplicação concreta dos *efeitos retroativos* ou dos *efeitos prospectivos*,⁴¹ ado-

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 52.

³⁹ Nos termos do Artigo 5º, LXXI, da Constituição de 1988: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

⁴⁰ Nos termos do Art. 1º da Lei n. 9.882/99, “A arguição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.”

⁴¹ “Existem efeitos prospectivos quando se atribui à decisão de anulação uma eficácia *ex nunc*, no sentido de que o efeito da invalidade só começa a partir do momento em que seja declarada a inconstitucionalidade; fala-se de efeitos retroativos ou de eficácia *ex tunc*, com efeitos retroativos, próprios da nuli-

tam diferentes soluções, normalmente em razão dos reflexos práticos oriundos do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma. Em casos mais complexos, chegam a postergar os efeitos da decisão, a saber:

No último dia *15 de maio de 2013*, portanto, em recentíssima decisão, já divulgada pelo serviço de imprensa do *STF* – Supremo Tribunal Federal, o Tribunal acolheu os argumentos de uma ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) movida pela Procuradoria-Geral da República em desfavor do Estado do Acre, onde fora questionada uma emenda à Constituição do Acre que, em 2005, “legalizou” as contratações de 11.554 servidores públicos.

A decisão declarou inconstitucional o artigo 37 da Constituição do Estado-Membro do Acre que permitiu a efetivação de servidores públicos estaduais em quadros considerados temporários e, portanto, nulas de pleno direito. O diferencial está no voto do *Ministro Dias Toffoli*, modulando os efeitos da decisão e concedendo o prazo de 12 (doze) meses para a regularização dos chamados funcionários irregulares, do contrário todos os contratos seriam imediatamente cancelados, *in verbis*:

...tendo em vista informação oferecida pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre (fl. 185), no sentido de que foram contratados 11.554 (onze mil quinhentos e cinquenta e quatro servidores sem aprovação em concurso público, entre o período de 05/10/1983 a 18/01/1994, que se encontram trabalhando (com a ressalva daqueles que já se aposentaram ou foram exonerados) em todas as secretarias e entidades da Administração estadual, inclusive em serviços públicos essenciais, como nas secretarias de saúde (3.488 servidores), da educação (4.280 servidores) e de segurança (656 servidores), e de forma semelhante ao que o Tribunal decidiu nas ADIs n. 4.125/TO e n. 3.819/MG, proponho a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, para dar *efeitos prospectivos* à decisão, *de modo que somente produza seus efeitos a partir de doze meses contados da data da publicação da ata deste julgamento*, tempo hábil à realização de concurso público, nomeação e posse

dade em sentido técnico, quando a eficácia invalidante abrange todos os actos, mesmo os praticados antes da declaração da inconstitucionalidade (cfr. Art. 282º)”. J.J. GOMES CANOTILHO. Op. cit., p. 904.

de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo aos serviços públicos essenciais à população.⁴² (Grifos nossos)

Lê-se do voto que o Relator se arrimou em precedentes da própria Corte e, ainda, no *artigo 27 da Lei n. 9.868/99*, que dispõe que

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

Em outra oportunidade, agora depois de julgado o recurso, *não obstante não ser o instrumento processual adequado*, porquanto, conforme já decidido pelo próprio STF – *Supremo Tribunal Federal* que os *Embargos de Declaração* não se prestam a modificar capítulo decisório, salvo quando a modificação figure consequência inarredável da sanção de vício de omissão, obscuridade ou contradição do ato embargado⁴³ *admitiu-se* o cabimento de Embargos de Declaração para

⁴² *Notícias STF* – Terça-feira, 21 de maio de 2013 – **Íntegra do voto do ministro Dias Toffoli sobre substituição de não concursados no AC** Leia a íntegra do voto do ministro Dias Toffoli na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3609, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 37 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Acre, acrescido pela Emenda Constitucional 38, de 5 de julho de 2005, que permitiu a efetivação, em quadros em extinção, de mais de 11 mil servidores contratados sem concurso público naquele estado, até 31/12/94. *Em seu voto, o ministro propõe a modulação dos efeitos da decisão, análise que ainda será concluída em Plenário.*

⁴³ 1 – RECURSO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DO TEOR DECISÓRIO – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO – INADMISSIBILIDADE – EMBARGOS REJEITADOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 535 DO CPC – Embargos declaratórios não se prestam a modificar capítulo decisório, salvo quando a modificação figure consequência inarredável da sanção de vício de omissão, obscuridade ou contradição do ato embargado. 2 – RECURSO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CARÁTER MERAMENTE PROTETATÓRIO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – IMPOSIÇÃO DE MULTA – APLICAÇÃO DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CC – ARTS. 14, II E III, E 17, VII, DO CPC – Quando abusi-

fins de modulação de efeitos, independentemente de pedido expresso da parte interessada, no controle difuso de constitucionalidade (Recurso Extraordinário), *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – *Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário*. II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. III – Embargos de declaração acolhidos. (STF, RE 500171, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, p. 03/06/2011) (Grifos nossos)

Há, portanto, um firme posicionamento para que sejam sopesadas as consequências dos julgamentos, mormente quando da aplicação concreta dos *efeitos retroativos* ou dos *efeitos prospectivos*, visando à modulação dos efeitos da decisão.

No vértice português, o *Acórdão n. 353/2012*⁴⁴ do *TC – Tribunal Constitucional* que apreciou pedido formulado por um grupo de Deputados à Assembleia da República, ao abrigo do disposto na alínea *a*), do n.º 1, e na alínea *f*) do n.º 2, do artigo 281.º, da Constituição da República Portuguesa, e do n.º 1, dos artigos 51.º e 62.º, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012), *também concluiu pela “modulação” dos efeitos da decisão*, nos seguintes termos:

a) Declara-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no ar-

va a interposição de embargos declaratórios, manifestamente protelatório, deve o Tribunal condenar o embargante a pagar multa ao embargado. (STF – EDcl -RE 567.149 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 19.03.2010 – p. 45)

⁴⁴ Acórdão disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/c/acordãos/20120353.html>>.

tigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012).

b) Ao abrigo do disposto no artigo 282º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, determina-se que os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se apliquem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.

O *TC – Tribunal Constitucional*, no caso em julgamento, aplicou o disposto artigo 282º, n. 4, da Constituição da República portuguesa que preceitua que “*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. 1 e n. 2*”, que tratam dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁴⁵. (Grifos nossos)

Entretanto, o dito *TC – Tribunal Constitucional Português* – em recente decisão, *Acórdão n. 187/2013*⁴⁶, publicado no **último 22** de abril de 2013, também apreciando questão orçamentária (*Orçamento do Estado para 2013*), envolvendo o confisco dos subsídios de férias aos funcionários públicos e aos pensionistas, por maioria, rechaçou o malsinado confisco ao fundamento de que esta medida viola o princípio constitucional da igualdade, e, dessa feita, não utilizou a prer-

⁴⁵ Artigo 282º – *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade*. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2.

⁴⁶ Acórdão disponível em: <<http://dre.pt/pdf1disp/2013/0407800/0232802423.pdf>>.

rogativa disposta no artigo 282º n. 4 da Constituição da República Portuguesa.

Sem a almejada modulação, tal qual ocorrida no Acórdão anterior, relativo ao Orçamento do Estado de 2012, os efeitos são retroativos, isso porque a norma é nula. As consequências concretas da decisão foram amplamente divulgadas pela imprensa, nos seguintes termos: “*Chumbo do Constitucional pode custar mais de 1.350 milhões de euros*”.

O chumbo do Tribunal Constitucional à suspensão dos subsídios de férias dos funcionários públicos e pensionistas, dos cortes de 5% no subsídio de doença e de 6% no subsídio de desemprego podem custar mais de 1.350 milhões de euros.

De acordo com a decisão divulgada, nesta sexta-feira, pelo Tribunal Constitucional, são declaradas como inconstitucionais os artigos 29.º (suspensão dos subsídios de férias dos funcionários públicos), o artigo 31.º na medida em que aplica o artigo 29.º, o artigo 77.º (suspensão de 90% dos subsídios de férias dos pensionistas) e o artigo 117.º (corte de 5% nos subsídios por doença e de 6% nos subsídios de desemprego).

Este chumbo pode custar à volta de 1.350 milhões de euros ao Orçamento do Estado para 2013, de acordo com cálculos feitos pela Lusa.

Défi ce pode chegar aos 6,3%

O défi ce pode atingir os 6,3% do PIB caso o Governo não com-pense o chumbo do Tribunal Constitucional a quatro normas do Orçamento do Estado para 2013, e assim falhar a meta de 5,5% acordada com a ‘troika’.

O cortes chumbados pelo tribunal podem implicar um ‘rombo’ no Orçamento do Estado para 2013 na ordem dos 1.350 milhões de euros, o que representa 0,82% do Produto Interno Bruto esperado para este ano pelo Governo.⁴⁷

Força reconhecer, então, que a modulação é um instituto muito importante e que deve ser usado com extrema parcimônia.

⁴⁷ Matéria disponível em: <http://jn.pt.PaginaInicial/Politica/Interior.aspx?conte-t_3149738#page0>.

5. CONCLUSÃO

Pelo que foi visto, apesar de algumas diferenças, indiscutível que o direito constitucional, no âmbito da fiscalização/controle da (in) constitucionalidade das normas infraconstitucionais, de ambos os Países, guardam várias semelhanças.

Existem, todavia, particularidades inerentes a própria estrutura orgânica dos Estados, já que o Brasil adota o regime presidencialista, com um Poder Legislativo bicameral (Senado e Câmara dos Deputados), além de ser um Estado Federado, composto de Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, enquanto Portugal adota o regime semipresidencialista, com sistema legislativo unicameral, organizado via Assembleia da República composta por 230 Deputados, possuindo regiões autónomas (os arquipélagos dos Açores e da Madeira), que contam com regimes político-administrativos próprios; os Municípios, freguesias e as regiões administrativas.

Ditas diferenças, envolvendo a organização do Estado, refletem na própria estrutura do Poder Judiciário e, conseqüentemente, na forma como as questões de (in)constitucionalidade são apresentadas para apreciação jurisdicional.

Entretanto, a rigidez das constituições e as vedações às alterações/revisões de matérias constitucionais, aliadas ao apertado *quórum* para aprovação de emendas/revisões, dão o mote para a estabilidade das normas constitucionais de ambos os Países e o afinamento das normas infraconstitucionais.

As formas de controle: concentrado, difuso, abstrato e em concreto são comuns aos dois sistemas.

O respeito a tripartição de poderes e a existência de Tribunais, como guardiões das Constituições, dão concretude a estabilidade e possibilitam a uniformização da jurisprudência.

Existem, todavia, institutos que são próprios de cada Estado, mas que, numa análise superficial, não são totalmente incompatíveis e quizá poderiam ser aproveitados para correção de falhas dos sistemas e incremento da fiscalização/controle da (in)constitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário.

Em conclusão: o sistema de fiscalização/controle da (in)constitucionalidade de normas encontra abrigo nas Constituições da Re-

pública portuguesa e da República Federativa do Brasil e guardam inúmeros pontos de contato, viabilizando, conseqüentemente, o estudo comparado, com o aproveitamento de valiosas experiências nos planos jurídico e administrativo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Editora Malheiros.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 10. ed. Editora Del Rey.

GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Editora Coimbra.

J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11ª Reimpressão. Editora Almedina.

PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. *A antecipação da tutela na ação declaratória de ilegalidade de lei municipal*. Jurisprudência Mineira/Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 51, n. 153, p. 19-29, jul./set. [0588700] SEN PGR STF STJ

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Editora Almedina.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Revista Malheiros Editora.