

**A FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM
PORTUGAL: as peculiaridades do controle difuso**

***THE REVIEW OF CONSTITUTIONALITY IN PORTUGAL: the
peculiarities of diffuse control***

Paulo de Tarso Duarte Menezes

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Leão Sampaio
Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Autónoma de Lisboa
Professor da Universidade do Estado da Bahia - UNEB
Juiz de Direito do TJPE

Vitória Souza da Silva

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB

RESUMO: O controle da constitucionalidade é instituto de Direito que remonta pouco mais de 200 anos de história. A civilização ocidental dividiu-se entre dois modelos de controle. O primeiro, mais antigo, teve como berço o Direito Estadunidense. Já o segundo surgiu das bases teóricas de Hans Kelsen. Portugal, inicialmente adepto do modelo americano, evoluiu para um modelo misto, de convivência entre os dois espécimes de aferição constitucional. Mais adiante, aderiu também ao grupo de países dotados de Tribunais Constitucionais, cabendo a este, em regra, a última palavra. Neste artigo, busca-se apresentar os matizes do controle de constitucionalidade do Direito Português, focando-se no controle difuso. Assim, busca-se um exame crítico dos sujeitos envolvidos no processo, das hipóteses de cabimento, da natureza da suscitação, dos efeitos da decisão e da atuação do Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: *The control of constitutionality is an institute of law dating back a little more than 200 years of history. Western civilization was divided between two models of control. The first, older, had as cradle the American Law. The second came from the theoretical basis of Hans Kelsen. Portugal, initially adept at the American model, evolved into a mixed model of coexistence between the two specimens of constitutional benchmarking. Later,*

it also joined the group of countries endowed with Constitutional Courts, and it is up to this one, as a rule, the last word. In this article, the aim is to present the shades of the constitutionality control of Portuguese Law, focusing on diffuse control. Thus, it is sought a critical examination of the subjects involved in the process, the hypotheses of appropriateness, the nature of the appeal, the effects of the decision and the actions of the Constitutional Court.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a apresentar uma visão geral do sistema de controle de constitucionalidade português, com mira a revelar o controle difuso de constitucionalidade adotado em Portugal, enfatizando suas peculiaridades e vicissitudes. Para tanto, principiando pela apresentação dos modelos de controle de constitucionalidade que predominam no ocidente, passando pelos aspectos gerais da fiscalização de constitucionalidade em Portugal, culmina na discussão acerca, especificamente, do controle difuso, com ênfase na forma de atuação do Tribunal Constitucional nesta última espécie de exame da constitucionalidade.

Atém-se, com certa preocupação, ao controle difuso, sobre os sujeitos processuais envolvidos, as hipóteses de cabimento, a natureza da questão constitucional suscitada, bem como os efeitos da decisão proferida, seja pelos tribunais comuns, seja pelo Tribunal Constitucional.

1. MODELOS DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

Reconhecer que as normas de um Estado estão relacionadas por um sistema hierarquizado, no qual existe uma norma de topo, regente axiológica das demais, exige que, em caso de desarmonia entre a norma superior e a inferior, existam mecanismos de realinhamento das espécies normativas, garantindo-se assim a formação de um ordenamento jurídico em equilíbrio coerente.

Nesse caminho, pode-se dividir a história do constitucionalismo ocidental em duas grandes correntes de pensamentos, quais sejam, o modelo de controle norte-americano, comumente denominado de modelo americano, e o modelo de constitucionalidade continental-europeu, também chamado de maneira reduzida de modelo europeu.

1. 1. Modelo Americano

O processo de formação da Constituição Norte-Americana envolveu o embate entre os Federalistas e os Anti-Federalistas, tendo como ponto de conflito a maior centralidade de poder, defendida pelos primeiros, e a maior distribuição de autonomias regionais, defendida pelos últimos. Em jogo estava a discussão acerca do reconhecimento de *Supremacy Clause*¹ da Constituição Federal, que acabou, ao final do debate, sendo aprovada surpreendentemente com facilidade, sem necessidade sequer de votação, criando-se assim um dever, aos tribunais, de fiscalizar a constitucionalidade das normas; eis que estava vedada a aplicação de leis em desconformidade com a Constituição dos Estados Unidos da América², lei suprema aprovada entre maio e setembro de 1787. Assim, estava aberto o espaço para o controle de constitucionalidade naquele país, porquanto existia um predicado lógico capaz de hierarquizar as leis daquele Estado, estando, portanto, reconhecida a posição de topo da Constituição Federal.

Partindo-se de tal premissa, dir-se-á, à luz da tradicional história do Direito Constitucional, que o controle difuso tem origem no célebre caso *Marbury x Madison*, nos Estados Unidos da América, em 1803, consubstanciado nas ideias engendradas pela pena de John Marshall, *Chief Justice*³, quando reconheceu o *judicial review* como forma legítima de controlar as inconstitucionalidades daquele ordenamento. Em outras palavras, reconheceu-se competência ao poder judiciário não só para interpretar as leis, mas ainda um dever de aplicar a lei compatível com a Constituição e de não aplicar a norma incompatível⁴.

1 Nesse sentido, FORTE, David F.; SPALDING, Matthew, na obra *Lesson 2: The Purpose Of The Constitution*. In **THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION: TEACHING COMPANION Unit**, p. 29, assinalam, sobre a *Supremacy Clause*, o seguinte: “*The Supremacy Clause clarifies that above all - above state law, federal and the state constitutions - is the Constitution of the United States. Applies to clause to all legal interpreters, including members of Congress, the President, federal officials, federal judges, state court judges, and other state officials. While both federal and state governments have the power to enact laws, there must be a mechanism for determine which law applies in case of a conflict. Under the supremacy clause, national laws made pursuant to the Constitution take precedence over any State acts which conflict with national law. This clause is not a concession of power; specifies how resolve conflicts. At the Constitutional Convention, James Madison proposed the power of Congress to veto state laws. However, the Convention has repeatedly rejected proposals for a power of veto over state laws, seeking to reduce the conflict between the state and federal spheres. governments. The Convention accepted the Clause of Supremacy in its final form (proposal for by the anti-federalist Luther Martin) without much disagreement*”.

2 MARTINS, Ana Maria G. **As Origens da Constituição Norte-Americana Uma lição para a Europa**. p. 98-99.

3 VELOSO, Zeno. – Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) – **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. p. 136.

4 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p.964.

Contudo, atento à ordem cronológica da história do constitucionalismo, Bulos⁵ adverte que ainda em 1780, no judiciário de New Jersey, e em 1782, por um grupo de juizes da Virgínia, já havia reconhecimento da nulidade de leis que afrontavam a Constituição. Na mesma toada, em 1787, o mais alto tribunal da Carolina do Norte declarou a invalidade de leis contrárias aos artigos da Confederação.

Sem dúvida, contudo, foi o clássico caso *Marbury x Madison* quem deu a devida visibilidade ao *judicial review*, valendo destacar que até aquelas manifestações judiciais, embora já se dissesse que a Constituição era norma soberana na hierarquia das leis, como bem assentado por Canotilho⁶, isso não era suficiente, porquanto faltava reconhecer a possibilidade de o judiciário pronunciar tal superioridade, quando da aplicação da norma ao caso em exame.

Portanto, embora inexistisse norma expressa na Constituição Estadunidense de 1787 prevendo tal atividade fiscalizatória da constitucionalidade das leis, a construção de Marshall concluiu que uma lei subalterna não poderia confrontar com a Constituição. No caso em espécie, Marshall considerou que somente a Constituição Americana poderia atribuir competência à Suprema Corte daquele país, assim considerando a Lei Judiciária de 1789 inconstitucional. Portanto, daquele pronunciamento pode-se concluir que qualquer órgão do poder judiciário poderia sindicá-lo, no caso concreto, a constitucionalidade de uma norma, sendo, portanto, realizado pela via difusa, como questão incidental.

Note-se que, conforme adverte importante doutrina especializada no assunto⁷, o fato de o processo ocorrer no bojo da solução intersubjetiva de um conflito não desmereceu, quando da evolução histórica de tal método de controle, uma guinada para o caminho da objetivização do *judicial review* norte-americano, como se observa das legislações que se sucederam (1891, 1925 e 1988), cada vez mais a impor poderes discricionários à Suprema Corte daquele país, capazes de exigir relevância da matéria que seria objeto de reexame da constitucionalidade, e cada vez menos atenta à correção de erros ordinários dos tribunais inferiores.

Embora haja quem associe o controle difuso como aquele no qual o exame da constitucionalidade dar-se-á nos casos concretos, conforme adverte o professor Canotilho⁸, isso não pode ser mais assim vislumbrado, porquanto,

5 BULOS, Uuadi L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 111-113.

6 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p.967.

7 MARTINS, Ives G. da S.; MENDES, Gilmar F. **Controle concentrado de constitucionalidade**, p. 10, asseveram que o *Judiciary Act*, de 1937, expressou uma “preocupação, na medida em que assegura ao Governo Federal a faculdade de intervir na lide entre particulares, sempre que estiver em discussão a constitucionalidade de lei federal atinente ao interesse público”.

8 CANOTILHO, Joaquim José G. **Direito Constitucional**. p. 965.

embora alguns ordenamentos reconheçam a possibilidade do exame incidental da constitucionalidade, dedica tal competência a um órgão centralizador, qual seja, o Tribunal Constitucional, como ocorre com os sistemas italiano e alemão, nos quais há suspensão da instância para que seja realizado o exame da questão constitucional controvertida, porquanto detém aquele tribunal a atribuição exclusiva de pronunciar a inconstitucionalidade das normas.

1.2. Modelo Europeu

Tardiamente, por razões históricas e decorrentes da montagem da separação de poderes, a Europa só passou a cultivar efetivamente a Constituição, como norma jurídica suprema, no pós-guerra⁹. Destarte, o modelo europeu ou austríaco de controle de constitucionalidade foi inaugurado na Constituição daquele país, em outubro de 1920, moldado nas ideias de Hans Kelsen¹⁰, mormente considerando que tal pensador via insegurança jurídica¹¹ e interferência indevida do poder judiciário, ao produzir uma decisão política, sob as vestes de um legislador negativo¹².

O pensamento kelseniano apontou fragilidades severas quanto ao modelo americano, mormente por considerar que, como a Constituição é um documento político, limitador do poder, não poderia ser entregue a nenhuma instância do poder a função de controlá-la, pois “ninguém pode ser juiz em causa própria¹³”. Portanto, era necessário um órgão situado entre a função legislativa e a jurisdicional com a competência para o exame da constitucionalidade das normas jurídicas¹⁴. Seguindo aquela orientação, a Carta Austríaca de 1920 foi pioneira na instituição de um Tribunal Constitucional¹⁵.

Não bastasse isso, o fato do controle de constitucionalidade moldado no sistema americano ter deixado o exame da adequação constitucional a lides resolutivas de conflitos intersubjetivos, desprezava-se a dimensão do

9 NOVAIS, J.R. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p. 62.

10 VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. p. 137.

11 AMARAL, Maria Lúcia. **Problemas da judicial review em Portugal**. p. 79.

12 CANOTILHO, Joaquim José G. **Direito Constitucional**. p. 1094, em nota, destaca que: “A compreensão do controle da constitucionalidade como ‘controle negativo’ — é este o sistema básico do constitucionalismo, qualquer que seja o modelo de controle — tem merecido críticas do pensamento constitucional socialista. Alude-se, designadamente, à insuficiência de um controle que se limita a anular actos (controle negativo) e não a impor positivamente actividades normativas em reacção contra eventuais omissões inconstitucionais.”

13 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. p. 240.

14 AMARAL, Maria Lúcia. **Problemas da judicial review em Portugal**. p. 73

15 BULOS, Uaudi L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 113. No mesmo sentido VELOSO, Z. – Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) – **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. p. 138.

interesse público naquele processo¹⁶, revelando-se, ainda, fonte para decisões conflitantes, visto que um órgão da jurisdição poderia reconhecer, num caso em julgamento, a inconstitucionalidade de uma norma, enquanto outro poderia decidir de forma antagônica¹⁷.

No continente europeu, o modelo de Kelsen de controle da constitucionalidade¹⁸ quanto ao órgão de exame da questão constitucional foi preponderantemente acolhido, tendo como característica marcante o reenvio prejudicial da questão constitucional a órgão vocacionado para tanto¹⁹. Note-se que o modelo ideal, criado por Kelsen, alicerçava-se estritamente em uma Constituição técnica, desvestida de valores, adotando-se uma perfeita separação entre “juiz de casos” e “juiz de normas”, cabendo aos Tribunais Constitucionais este último papel. Contudo, como explica Queiroz²⁰, o lançamento nas Constituições de um plexo de direitos fundamentais, creditando-se àquelas normas supremas o *munus* de protetor e garantidor de tais direitos, acarretou a criação de Tribunais Constitucionais com competência cumulada de “juiz de normas” e “casos”.

As adaptações em cada Estado prosseguiram, alterando-se os padrões preconizados na teoria kelseniana. Na França, o controle é exercido pelo *Conseil Constitutionnel*, órgão de natureza política que concentra o exame da Constituição, especialmente desde a Carta de 1958²¹. Por sua vez, no sistema germânico há concentração nas mãos do Tribunal Constitucional quanto ao exame de inconstitucionalidade de normas, mormente pelo emprego do reenvio das instâncias inferiores, no controle concreto, bem assim como por representação do governo Federal, dos governos estaduais ou de 1/4 dos integrantes do parlamento²². No modelo espanhol, adota-se o

16 MARTINS, Ives G.; MENDES, Gilmar. – **Controle concentrado de constitucionalidade**. p. 10, asseveram que o *Judiciary Act*, de 1937, revelou preocupação com isso, tanto que garantiu ao Governo Federal o direito de intervir em ação que discute a inconstitucionalidade de leis federais.

17 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. p. 303.

18 AMARAL, Maria Lucia. **Problemas da judicial review em Portugal**. p. 68-69.

19 *Idem*. **Op. Cit.** p. 73.

20 QUEIROZ, Cristina M.M. A relação entre o tribunal constitucional e a justiça comum no processo de controle concreto de normas, em particular, o caso das sentenças ininterpretativas. In CORREIA, F.A., MACHADO, J.E.M., LOUREIRO, J.C. (org.) **Estudos em homenagem aos Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. p. 607.

21 BULOS, Uadi L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 116.

22 *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Artigo 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal] (1) O Tribunal Constitucional Federal decide: 1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior; 2. no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitarem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal; 2 a. no caso de divergências, se uma lei corresponde aos requisitos do artigo 72 §2, por requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado ou

controle pela via da ação e o controle incidental, neste caso pelo incidente de inconstitucionalidade, todos resolvidos pelo Tribunal Constitucional²³.

2. ASPECTOS GERAIS DA FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

Em Portugal, sob inspiração da primeira Constituição Republicana do Brasil de 1891, adota-se o sistema norte-americano na Carta da República de 1911. Posteriormente, passou-se a um modelo misto, de controle pela via incidental e pela via da ação, isso após a revisão da Carta de 1976, em 1982²⁴. Até o advento da Constituição de 1911, Portugal contava com um sistema de controle da constitucionalidade estritamente político, realizado pelo monarca²⁵.

2.1. Controle Difuso

Na hodierna Constituição Portuguesa, o controle difuso da constitucionalidade encontra-se previsto no artigo 204.º, quando impõe o dever dos tribunais de não aplicarem normas incompatíveis com a Constituição²⁶. Contra as decisões dos juízes comuns que examinam a constitucionalidade das normas portuguesas cabe, como se verá, recurso ao Tribunal Constitucional.

da Assembleia Legislativa de um Estado; 3. no caso de divergências sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal; 4. em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial; 4 a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104; 4 b. sobre os recursos de inconstitucionalidade de municípios e associações de municípios contra a violação por uma lei do direito de autonomia administrativa, estabelecido no artigo 28; no caso de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no respectivo Tribunal Constitucional Estadual; 5. nos demais casos previstos na presente Lei Fundamental. (2) O Tribunal Constitucional Federal decide, além disso, por petição do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado, se, no caso do artigo 72 §4, não subsiste a necessidade de uma regulamentação por lei federal, segundo o artigo 72 §2, ou se o direito federal já não poderia mais ser aplicado nos casos do artigo 125a §2, primeira frase. A constatação de que a necessidade já não existe ou que o direito da Federação não deva ser aplicado, substitui uma lei federal aprovada segundo o artigo 72 §4, ou segundo o artigo 125a §2, segunda frase. A petição, conforme a primeira frase, só é admissível, quando um projeto de lei segundo o artigo 72 §4 ou segundo o artigo 125a §2, segunda frase, tenha sido rejeitado no Parlamento Federal ou não tenha sido debatido e votado no prazo de um ano ou se um projeto de lei correspondente foi rejeitado no Conselho Federal. (3) O Tribunal Constitucional Federal atuará, além disso, nos casos que lhe forem conferidos por lei federal.

23 BULOS, Uadi L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 117-118.

24 VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) – **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. p. 137.

25 CANOTILHO, José Joaquim. G. **Direito Constitucional**. p. 963

26 ARTIGO 204.º (Apreciação da inconstitucionalidade) Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

A criação do Tribunal Constitucional Português, em 1982²⁷, segue a tendência anotada por Amaral²⁸, quando, em 2005, contabilizou que mais da metade dos Estados integrantes da União Europeia contavam com a atuação daquela espécie de tribunal. Até o advento do Tribunal Constitucional, competia ao Conselho da Revolução o papel de fiscal da constitucionalidade²⁹.

2.2. Controle Concentrado

Em outro giro, a partir da Constituição de 1976, Portugal passou a adotar o controle concentrado de constitucionalidade, em parêntese com o vetusto controle difuso³⁰. Desta forma, rende-se o sistema português ao modelo de controle constitucional concentrado, de inspiração kelseniana.

O sistema concentrado português, pela via da ação, considerando-se o marco temporal de vigor da norma de referência, tanto pode se operar de forma preventiva quanto de forma sucessiva. O controle preventivo extrai sua inspiração no sistema francês³¹. O artigo 61 da Constituição Francesa estabelece que as leis, antes da promulgação, podem ser submetidas ao exame de compatibilidade constitucional, realizado pelo Conselho Constitucional, por iniciativa do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores.

Em Portugal, na forma do 278.º da Constituição, a fiscalização preventiva é realizada pelo Tribunal Constitucional, por iniciativa do Presidente da República, quando receba algum tratado internacional para ratificação, ou decreto para promulgação de lei, ou como decreto-lei, ou ainda decreto de aprovação de acordo internacional, para devida subscrição. A iniciativa estende-se aos Ministros da República³², quando recebam para assinatura decreto legislativo regional, podendo também acionar o Tribunal Constitucional Português para o exame constitucional. Nas hipóteses em que o Presidente de República tenha recebido lei orgânica para promulgação, o

27 RIBEIRO MENDES, Armindo. **Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política: A Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade** [Em linha], assinala que o Tribunal Constitucional Português começou a funcionar em Abril de 1983, assumindo as competências do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucionalidade, quantos às funções referentes ao controle de constitucionalidade.

28 AMARAL, Maria Lucia. **Problemas da judicial review em Portugal**. p. 68-69.

29 NOVAIS, Jorge L. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p. 67.

30 VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) – **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. p. 138.

31 RIBEIRO MENDES, Armindo. **Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política — A Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade** p. 105

32 *Idem*. **Op. Cit.** p. 105.

Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados da Assembleia da República também podem deflagrar o processo de controle preventivo, previsão especial decorrente da II Revisão Constitucional, de 1989³³.

Para não criar embaraço ao processo legislativo, a Constituição fixou prazo de oito dias, a contar do recebimento do diploma, em via de promulgação ou aprovação, para a respectiva autoridade requerer o exame preventivo da constitucionalidade da norma, bem como estabeleceu um prazo de vinte e cinco dias para o Tribunal Constitucional apresentar seu veredicto.

Como lembra Ribeiro Mendes³⁴, no processo de revisão constitucional do início da década de 80, que culminou com a criação do Tribunal Constitucional Português, surgiram vozes que defenderam a extinção da fiscalização preventiva da constitucionalidade, porquanto ela politizava a atuação daquele tribunal, que ainda estava em fase de brotamento. Contudo, a tese ancorada na segurança jurídica, que tal proceder implementa ao sistema de jurisdição constitucional, prevaleceu, não se verificando a maioria necessária no processo revisional para a extirpação daquela modalidade de controle abstrato.

Como efeito da decisão de controle preventivo da constitucionalidade, prevê o artigo 279.º, da Constituição Portuguesa que, uma vez assentada a inconstitucionalidade da norma, o diploma deve ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, a depender do caso, retornando ao órgão que o enviou para promulgação, para que seja expurgada a norma eivada de inconstitucionalidade. Doutro modo, a norma só pode ser ratificada por maioria parlamentar de dois terços, exigindo-se quórum de maioria absoluta dos parlamentares.

Noutro giro, a fiscalização abstrata sucessiva encontra-se prevista no artigo 281.º, da Constituição Lusitana, hipótese em que o Tribunal Constitucional, em ação de natureza declaratória, aprecia a inconstitucionalidade de quaisquer normas. O dispositivo contempla também o controle da ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado. A legitimidade para deflagrar tal processo é restrita às autoridades e coletividades parlamentares indicadas no número 2 daquele dispositivo constitucional. Com função de legislador negativo, exercida pelo Tribunal Constitucional, a decisão que adote a inconstitucionalidade do texto glosado tem força obrigatória e geral, fulminando a norma maculada desde o seu nascedouro, inclusive fazendo ressuscitar a norma revogada pelo diploma inconstitucional, ou seja, produzindo efeito repristinatório.

33 RIBEIRO MENDES, Armindo. *Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política — A Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade* p. 105.

34 Idem. *Op. Cit.* p. 104.

Como bem esclarece Canotilho³⁵, diferentemente de outras ordens jurídicas, o parâmetro de controle em Portugal envolve qualquer norma, independentemente de se tratar de norma secundária ou terciária, não dependendo de forma legislativa específica, seja ela lei, regulamento, dentre outras³⁶.

Por fim, a inconstitucionalidade por omissão³⁷ também pode ser controlável, segundo previsto na Constituição Portuguesa, no artigo 283.º, em hipótese de controle concentrado de legitimação ativa mais restrita, porquanto a deflagração do processo é cingida ao Presidente da República e ao Provedor

35 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p. 990

36 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p.994-997, assim cataloga as normas passíveis de sindicabilidade pelo controle concentrado português: “a) As leis de revisão constitucional. As leis constitucionais (=leis de revisão constitucional) podem ser inconstitucionais por violarem as normas reguladoras do processo de revisão bem como as normas fixadoras dos limites materiais e temporais da revisão. Consequentemente, podem constituir objecto de controlo da constitucionalidade segundo os princípios gerais da fiscalização das normas primárias²⁰. b) Direito internacional e direito supranacional. A caracterização das normas do direito internacional e do direito supranacional foi feita no Cap. 21. Relativamente ao controlo da inconstitucionalidade elas podem constituir objecto de controlo nos termos já referidos (cfr. também, supra). c) Actos legislativos As leis, os decretos-leis e os decretos-legislativos regionais (= actos legislativos = actos normativos primários) constituem os actos normativos sujeitos a todos os tipos de controlo e formam o grupo normativo justificativo da tradicional designação do controlo — controlo da constitucionalidade das leis. Hoje deve dizer-se controlo de normas. d) Regimentos das assembleias Constituindo actos normativos atípicos, eles são, contudo, normas para efeitos do controlo da constitucionalidade (cfr. Ac TC 63/91, DR, II, 3.7), não obstante a existência de alguns problemas e especificidades (cfr. supra, Cap. 24). e) Actos normativos da administração Os actos normativos editados pela administração no exercício de funções administrativas podem constituir o objecto de controlo da constitucionalidade. Incluem-se aqui todos os actos regulamentares típicos, qualquer que seja a entidade de que emanem (Estado, Regiões Autónomas, Autarquias Locais)²¹, bem como os actos pararegulamentares (resoluções, instruções, directivas, despachos) desde que preencham as características de norma jurídica nos termos atrás referidos (cfr. supra, III/l). f) Resoluções normativas da AR e das assembleias regionais. Trata-se de outros actos atípicos que, quando revistam carácter normativo (cfr. supra, Cap. 24/B), como é o caso de resoluções de aprovação de tratados, de recusa ou suspensão de ratificação de decretos-leis (cfr. art. 172.º), obedecem aos princípios gerais de controlo dos actos normativos. Cfr. Acs TC 405/87, 184/89, 63/91, 64/91. g) Actos normativos do PR. Salientou-se atrás (cfr. supra, Cap. 23/B) a existência de decretos do PR aos quais é atribuído um verdadeiro sentido normativo (ex.: decreto de declaração do estado de sítio ou de emergência). Revestindo a natureza material de normas, ficam sob a alçada do controlo de constitucionalidade. h) Normas referendárias. As consultas populares a nível local (art. 241.º/3) podem incidir sobre a aprovação de normas (dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos para os poderes regulamentares locais). Quando o referendo local consistir na aprovação de normas ele assume o carácter de acto normativo de valor regulamentar, sujeito a fiscalização de constitucionalidade. Quanto ao referendo nacional, cfr. supra, Cap. 24, D. i) Convenções colectivas de trabalho. Os contratos e acordos colectivos de trabalho têm um valor normativo pelo menos equivalente ao das portarias regulamentares (cfr. art. 57.º/4 da CRP). Como actos normativos, e na parte em que têm valor normativo, estão sujeitos ao controlo de constitucionalidade. (...) j) Assentos. Os assentos autenticamente interpretativos das normas legais são hoje inconstitucionais porque são verdadeira legislação, violando o princípio da tipicidade das leis (art. 115.75). O regime de controlo dos assentos não é muito claro. O Tribunal Constitucional tem recorrido à figura de ‘norma recomposta’ — norma interpretativamente redefinida pelo assento — para legitimar a sua competência de fiscalização dos assentos (cfr. Ac TC 104/86, DR II, 4886)”

37 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. p. 395, assenta que: “Mas, segundo informa Jorge Miranda, a primeira Constituição que instituiu expressamente a inconstitucionalidade por omissão foi a da República Socialista Federativa da Iugoslávia, em 21 de fevereiro de 1974”

de Justiça. O efeito do reconhecimento da omissão inconstitucional limita-se a dar conhecimento ao órgão legislativo competente, para que reste cientificado da inércia ofensiva à Constituição, sem qualquer força concretista.

3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

Inspirado no modelo da Constituição Brasileira de 1891, o controle difuso português inicia sua história na Constituição de 1911³⁸, sendo reafirmado na de 1933³⁹. Na Carta de 1976, o controle difuso foi previsto no artigo 282.º e seguintes, asseverando o artigo 283.º que funcionava junto ao Conselho da Revolução, a Comissão Constitucional, órgão que daria última palavra, pela via difusa, nas questões constitucionais em Portugal, conforme competência fixada pelo artigo 284.º, alínea “c”.

Por revisão constitucional, foi criado, em 1982, o Tribunal Constitucional, que assumiu a função de última instância decisória, pela via recursal, no sistema de controle difuso português. Destarte, em Portugal, desde 1976, conforme referido acima, o modelo de fiscalização da constitucionalidade trilhou o caminho misto, ou seja, com adoção tanto do modelo europeu, de exame concentrado das normas, quanto o exame no caso concreto, pela via difusa, como questão incidental, conforme o modelo americano⁴⁰.

3.1. Sujeitos do Controle

A fiscalização concreta da constitucionalidade pode ser realizada por qualquer juiz português, conforme comando previsto no artigo 204.º, da Constituição, porquanto ali há ordem do legislador constitucional para que os tribunais não apliquem normas em descompasso com o Texto Magno. Por sua vez, as partes do litígio podem suscitar o controle, assim como o Ministério Público, quando funciona como parte em via recursal. Por fim, o Ministério Público pode ser juridicamente obrigado a recorrer da questão constitucional resolvida na instância, conforme será abaixo examinado⁴¹.

No sistema norte-americano, Dantas⁴² alumia que o *certiorari*, inaugurado em 1789, inicialmente apenas conferia a possibilidade de corrigir imperfeições no processo em que se examinava a inconstitucionalidade. Porém,

38 GUEDES, Armando M.M. *O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989)*. p.09-10

39 MORAIS, Carlos B. de. *Justiça Constitucional*. p. 545-546.

40 NOVAIS, Jorge R. *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica*. p. 50.

41 MORAIS, Carlos B. *Justiça Constitucional*. p. 562.

42 NASCIMENTO, Bruno D. *Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. p. 91-95.

para o autor, depois de quase um século de fiscalização da constitucionalidade, a partir de 1891 revelou-se aquele instituto como um mecanismo de restrição do exame dos recursos, concedendo-se à Suprema Corte mais liberdade no exame de admissibilidade do recurso constitucional, agora podendo considerar a relevância ou não da matéria constitucional debatida, mesmo que tal poder de filtragem fosse, naquele exórdio, secundário, só ganhando força efetiva a partir de 1916, conforme conclusão a que chega, a partir dos estudos de William Howard Taft.

Por sua vez, não há filtragem no sistema português quanto à relevância do interesse coletivo para o conhecimento do recurso dirigido ao Tribunal Constitucional⁴³. Como enfatiza Novais⁴⁴, no controle incidental lusitano não há a possibilidade do Tribunal Constitucional fazer a escolha discricionária de casos, como acontece no modelo Estadunidense, ou a exigência de repercussão geral, prevista na Constituição Federal Brasileira.

Sem essas barreiras, o sistema recursal português, com via à realização da fiscalização concreta, abre espaço para qualquer litigante recorrer de questão constitucional ao Tribunal Constitucional, isso independentemente do grau da lesão sofrida, bem como do tipo de inconstitucionalidade sugerida⁴⁵, tornando o sistema bastante permeável e democrático.

Conforme Guedes⁴⁶, em 1985, das 332 decisões proferidas naquele ano pelo Tribunal Constitucional, 6 diziam respeito à fiscalização preventiva, 13 à fiscalização abstrata e as demais a recursos (126), a reclamações (10), a decisões interlocutórias (64) e outras (113). Duas décadas depois, em 2015, Novais⁴⁷ descreve que o tribunal proferiu 1.445 decisões em controle concreto e 14 decisões em exame concentrado de constitucionalidade.

Em outro giro, o Tribunal Constitucional detém competência para o exame apenas sobre a inconstitucionalidade da norma. Assim, quando o Tribunal Constitucional, no exame do recurso, decide acerca da questão da constitucionalidade de forma diferente do tribunal comum, este último fica vinculado, naquele feito, ao pronunciamento do primeiro, devendo, se for o caso, reformar a decisão⁴⁸, desaplicando ou não a norma.

43 NOVAIS, Jorge R. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p. 53.

44 *Idem*. **Op. Cit.** p. 46.

45 NOVAIS, Jorge R. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p. 53.

46 GUEDES, Armando M. **O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989)**. p.37

47 NOVAIS, Jorge R. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p. 46.

48 *Idem*. **Op. Cit.** p. 51.

3.2. Hipótese de Cabimento

A fiscalização no Tribunal Constitucional, como dito acima, recai sobre normas, não atingindo atos ou ações que reflexamente confrontem com a Constituição⁴⁹. Se a lesão a direito for proveniente de atos ou decisões, sejam elas da administração, do judiciário ou de particulares, não há socorro recursal para o Tribunal Constitucional, porquanto não se pode falar aqui em discussão sobre a inconstitucionalidade de norma⁵⁰. Restam aos tribunais comuns, sem prejuízo do sistema recursal previsto entre tais órgãos, o exame exclusivo daqueles atos e decisões supostamente lesivos a alguém, em caráter definitivo, já que não há como acessar o recurso constitucional nessas hipóteses⁵¹.

Contudo, conforme Canotilho⁵², o sistema português de controle de constitucionalidade discrepa de outros modelos quanto ao parâmetro normativo. Ou seja, no sistema português, a expressão norma não significa estritamente uma espécie pré-definida, como a lei ou outros atos primários equiparáveis. Vai além, porquanto a forma legislativa não é quem qualifica algo como norma, para fins de exame da constitucionalidade. Com base ainda nas lições do constitucionalista português em referência, o que identifica uma norma como capaz de aferição constitucional, para o contexto ora em exame, é ser proveniente de um poder normativo e representar “(i) padrão de comportamentos; (ii) acto criador de regras jurídicas para a decisão de conflitos⁵³”, afastando-se, assim, de atos de efeitos concretos.

Ainda com base em Canotilho⁵⁴, a adequação normativa, para efeito de controle, atenta para a dimensão normativa, no que diz respeito à criação normativa, em oposição à mera aplicação normativa, devendo ainda ser considerada violação direta à Constituição, em antagonismo à ofensa reflexa. Além disso, deve-se observar a “heteronomia normativa”, porquanto a norma não pode ser criada pela autonomia privada, embora, ainda que seja uma norma criada pela autonomia privada, seja cabível o controle quando há reconhecimento de vinculação impositiva pelos poderes públicos.

Noutro giro, Guedes⁵⁵ lamenta, sem desconsiderar a vedação ao exame de atos políticos e de governo pelo poder judiciário, a restrição imposta ao controle dessa espécie no sistema português, porquanto reconhece que isso expõe a vulnerações o *princípio da legalidade democrática*, por lançar a um

49 GUEDES, Armando M. *O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989)*. p.20

50 NOVAIS, Jorge R. *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica*. p. 47.

51 Idem. *Op. Cit.* p. 51.

52 CANOTILHO, José Joaquim G. *Direito Constitucional*. p.964.

53 Idem. *Op. Cit.* p. 991.

54 CANOTILHO, José Joaquim G. *Direito Constitucional*. p.992 e 993.

55 GUEDES, Armando M. *O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989)*. p.28

“destino incerto” aquele princípio, isso sempre que em jogo atos possivelmente lesivos ao sistema constitucional⁵⁶.

Como consequência daquela limitação, a inconstitucionalidade por omissão, por envolver justamente a carência existencial normativa, também não pode ser objeto de fiscalização concreta⁵⁷. À luz do que referido acerca do controle concentrado de constitucionalidade, na hipótese de omissão normativa para a implementação da Constituição, resta apenas aquela modalidade de fiscalização, cuja legitimidade para desencadeá-la cinge-se ao Presidente da República e ao Provedor de Justiça.

Atento ao artigo 280.º, da Constituição, Novais⁵⁸ esboça um quadro de controle de constitucionalidade pela via incidental, no qual descreve dois grandes grupos de decisões, considerando a forma de decidir do tribunal comum.

No primeiro grupo, tem-se as decisões que, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma norma, recusa aplicação. Nesse caso, se a norma estiver compreendida entre aqueles diplomas de maior importância legislativa, tanto desafia recurso ao Tribunal Constitucional por aquele que se sentir prejudicado, quanto recurso do Ministério Público, que nessa hipótese é obrigado a recorrer. Dentre tais normas, encontram-se convenções internacionais, leis, decretos-leis e decretos regulamentares. Noutro círculo, encontram-se as normas de menor importância, tais como portarias, despachos, posturas municipais e normas administrativas. Ainda na trilha das decisões que deixam de aplicar uma norma, por considerá-la inconstitucional, tem-se a iniciativa recursal da parte prejudicada, não existindo, agora, obrigatoriedade de o Ministério Público recorrer.

Num segundo grupo, o autor relaciona as decisões nas quais o juiz aplica uma norma, por considerar que inexistente qualquer inconstitucionalidade. Nesse caso, se a norma foi antes considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, há possibilidade recursal, tanto pelo prejudicado, quanto pelo Ministério Público, hipótese em que este último, mais uma vez, tem obrigação de recorrer. Inexistindo pronunciamento do Tribunal Constitucional acerca da

56 NOVAIS, Jorge R. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p. 72-73, apresenta dois exemplos, os quais, segundo o autor, revelam contradições sérias em tal modelo de fiscalização, considerando a limitação ao exame apenas de normas, pelo Tribunal Constitucional. Segundo Novais, não existiria inconstitucionalidade mais grave que uma decisão fixando pena de morte, sanção repugnada pelo ordenamento lusitano, caso em que o Tribunal Constitucional não poderia intervir. Por sua vez, uma norma laboral aprovada, sem a audiência prévia de associação sindical, vigente há um bom tempo, mesmo se depois fosse realizada tal oitiva, revelando-se que nada alteraria o cumprimento daquela exigência legislativa, ou seja, evidenciando a inexistência de qualquer mácula relevante, ainda assim, invocada tal desconformidade procedimental, poderia o Tribunal Constitucional dela conhecê-la.

57 Idem. **Op. Cit.** p. 48.

58 Idem. **Op. Cit.** p. 37-41.

inconstitucionalidade da norma em questão, só remanesce recurso voluntário de quem houver suscitado a eiva inconstitucional durante o processo, isso se a questão tiver sido desafiada pelos recursos ordinários previstos na lei processual, com o esgotamento do exame pelo juiz comum acerca da questão.

3.3. Natureza da Suscitação

Quanto à natureza da suscitação, Morais⁵⁹ classifica-a de incidente de instância, sendo uma questão prejudicial heterogênea, desprovido de caráter devolutivo. Para o autor, a natureza heterogênea da questão revela-se justamente pelo fato de a questão surgida no processo merecer resposta em outro ramo do Direito. Ainda, segundo a mesma doutrina, aqui não exsurge a devolutividade, visto que a questão não é examinada com exclusividade pelo Tribunal Constitucional.

De todo modo, a inconstitucionalidade ventilada como questão incidental é muito comumente denominada de exame de constitucionalidade pela via da exceção. Ora, em teoria geral do processo⁶⁰, tem-se que o vocábulo “exceção” está ligado à ideia de defesa⁶¹, seja ela dilatória ou peremptória. Portanto, soa inadequado o termo “exceção” quando se quer fazer referência ao controle realizado pela via incidental, eis que tanto pode ser deflagrado de ofício pelo juiz ou suscitado pela parte autora ou pela parte ré, mormente quanto não tem como efeito necessário o embargo ou a improcedência do pedido⁶².

Ademais, só é cabível a instância recursal ao Tribunal Constitucional quando restar demonstrada a relação de prejudicialidade entre a questão constitucional e a questão discutida no processo, moldura jurídica que, uma vez inexistente, leva aquele Tribunal a indeferir liminarmente o recurso, por carência de relação entre a norma suscitada e a *ratio decidendi*⁶³

Atuando como verdadeiro “juiz de normas”, no modelo kelseniano, o Tribunal Constitucional tem atuação restrita ao exame da constitucionalidade da norma, cabendo aos demais tribunais, no papel de “juiz de casos”⁶⁴, aplicar

59 MORAIS, Carlos B. **Justiça Constitucional**. p. 567-568.

60 SILVA, Ovídio A. B., GOMES, Fabio L. **Teoria Geral do Processo**. p. 269-271.

61 SOUZA, André P. de *et al*, em **Teoria geral do processo contemporâneo**, lecionam que: “A exceção no sentido genérico (defesa) apresenta exato paralelo com o instituto da ação, de tal sorte que prestigiosa doutrina, abandonando a clássica divisão tripartite, identifica quatro institutos fundamentais do processo: jurisdição, ação, defesa e processo” (2017, p. 253).

62 MORAIS, Carlos B. **Justiça Constitucional**. p. 563.

63 *Idem*. **Op. Cit.** p. 565.

64 QUEIROZ, Cristina. A relação entre o tribunal constitucional e a justiça comum no processo de controle concreto de normas, em particular, o caso das sentenças interpretativas. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.) **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor**

a conclusão do órgão de soberania ao caso em cotejo⁶⁵. Contudo, atento à cada vez mais criticada separação entre aplicação da norma e subsunção fática⁶⁶, é forçoso reconhecer que algumas decisões do Tribunal Constitucional não são estéreis às questões de fato colocadas em juízo⁶⁷, como revela a hipótese de reconhecimento de recurso prejudicado, quadra em que é inevitável verificar, no caso concreto e à luz dos fatos postos, a subsistência de interesse recursal⁶⁸. Como se pode reconhecer, por exemplo, que um recurso não tem utilidade prática para uma parte sem examinar a questão fática lançada na causa? Indisfarçavelmente, a separação daqueles juízos se mostra corroída, por parecer artificial⁶⁹.

3. 4. Decisão do Tribunal Constitucional e Seus Efeitos

O Tribunal Constitucional atua como tribunal de recurso, dando a última palavra sobre a validade da norma sindicada⁷⁰. Ele é quem define, portanto, a questão da compatibilidade da norma com a Carta Maior do Estado Português, tudo nos termos do artigo 280.º. A decisão tomada em tal modalidade de controle é de inaplicabilidade da norma ao caso posto ao crivo judicial, na hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade, com efeito restrito ao caso concreto, sem o condão de causar qualquer efeito quanto à vigência da norma na dimensão exoprocessual⁷¹. Em outras palavras, não se pode falar

José Joaquim Gomes Canotilho. p. 607.

65 CANAS, Vitalino. **Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional**. p. 96.

66 NEVES, Antônio C. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. p. 163-165, assenta que a questão de fato se revela como uma questão jurídica. Ao examinar o conceito jurídico de prova, reafirma a impossibilidade de apreender fatualidade sem os critérios jurídicos. Por fim, assevera a seleção de critérios jurídicos do caso concreto submetido a exame.

67 MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. p. 249, afirma que: “A implantação do direito está regularmente ligada a dados concretos da realidade social a partir dos quais ela esboça intelectualmente determinados casos típicos e grupos de casos e os prevê com determinadas ações jurídicas. A legislação, assim como a existência da normatividade geral, antecipada uma parte do futuro”.

68 MORAIS, Carlos B. **Justiça Constitucional**. p. 585, o autor revela que o Tribunal Constitucional, no Ac n.º529/2001, teve que proceder com uma apuração, quanto à saber se um expediente foi remetido ou pelo Presidente da Assembleia da República ao Presidente da Assembleia da Região Autónoma da Madeira, isso em sede de fiscalização concreta.

69 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. p. 755, enfatizam que: “... ‘o princípio da viabilidade do recurso’ (GOMES CANHOTILHO, *Exaustão dos recursos ordinários*. p. 5), a parte final do n.º 2 do artigo 76º da LOTC prevê ainda que, neste tipo de recurso, o requerimento de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional possa ser liminarmente indeferido quando o recurso for *manifestamente infundado*”. Em outras palavras, mais uma vez se verifica o inevitável exame do caso concreto.

70 MORAIS, Carlos B. de. Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. (Org.) **Perspectivas de reformas na justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. p. 55.

71 NOVAIS, Jorge R. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p.

em qualquer efeito *erga omnes* nesse tipo de pronunciamento⁷². Como ensina Canas⁷³, reconhecendo-se, por exemplo, a inconstitucionalidade da norma em fiscalização concreta realizada em face de uma decisão de primeira instância, a única consequência que disso advém é a impossibilidade de ser rediscutida nas instâncias *ad quem*, estritamente para aquele feito, a mesma questão, não se estendendo sequer a preclusão a outro feito que contenha as mesmas partes.

A restrição de efeitos à relação intersubjetiva em jogo, no processo concretamente examinado, pode ser uma porta aberta para tratamentos desiguais entre pessoas que estão na mesma situação jurídica, considerando que uma norma deve ter vigência em face de toda coletividade⁷⁴. Nesse diapasão, Novais adverte que há inclusive jurisprudência do Superior Tribunal Administrativo⁷⁵ que autoriza a administração a não aplicar uma norma já reconhecida como inconstitucional em outros casos concretos, hipótese de criticável exercício de controle difuso, não previsto na Constituição Portuguesa. Mas o mesmo autor reconhece a difícil escolha do administrador, quando sabe que tem o dever de praticar um ato alicerçado em norma cuja discrepância com o ordenamento já foi reconhecida em outros casos.

Apenas quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma é pronunciada, em três casos concretos, passa a deter força vinculante. Esse sistema de tríade decisória encontra na doutrina algumas razões de justificação, quais sejam, conceder um tempo para o tribunal madurecer o entendimento acerca da inconstitucionalidade, com a possibilidade de se formar um consenso entre os conselheiros, evitando-se, especialmente, que situações limítrofes não tenham a inconstitucionalidade afirmada de logo, em um só caso examinado⁷⁶.

Ainda sobre a tríplice manifestação do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade de uma norma, em casos concretos, estabelece o

43, sustenta que se o Tribunal Constitucional reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, no caso concreto, isso não cria qualquer vinculação para o reexame em outro caso concreto ou abstrato.

72 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p. 969

73 CANAS, Vitalino. **Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional**. p. 101.

74 BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. p.182, assim esclarece acerca da generalidade enquanto característica da norma justa, e não da norma jurídica: "Julgamos que a consideração da generalidade e abstração como requisitos essenciais da norma jurídica tenha uma origem ideológica e não lógica, isto é, julgamos que por trás desta teoria haja um juízo de valor do tipo: 'É bom (é desejável) que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas'. Em outras palavras, pensamos que a generalidade e abstração sejam requisitos não da norma jurídica tal como é, mas do que deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, no qual todos os homens são iguais, todas as ações são certas; isto é, são requisitos não tanto da norma jurídica (ou seja, da norma válida em um certo sistema), mas da norma justa."

75 MORAIS, Carlos B. de. Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. (Org.) **Perspectivas de reformas na justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. p. 56.

76 Idem. **Op. Cit.** p. 58-59.

artigo 82º, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional⁷⁷, que o Tribunal Constitucional pode seguir os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade (ou da ilegalidade) previstos naquela lei, com o fim de reconhecer a força obrigatória daqueles julgados. A iniciativa, para isso, tanto é dos juízes do Tribunal Constitucional, quanto do Ministério Público. Assim, Miranda⁷⁸ esclarece que o efeito não é automático quanto à força obrigatória dos três casos julgados em concreto, dependendo, portanto, da deflagração de tal procedimento próprio. Por outro lado, afirma aquele doutrinador que embora a redação faça parecer que o Tribunal Constitucional teria faculdade de reconhecer ou não a força obrigatória, ali não se encontra um poder, mas sim um dever de decidir.

Crítico à falta de vinculação imediata quanto às decisões do Tribunal Constitucional, Morais defende que tais decisões deveriam se revestir de força vinculante⁷⁹. Contudo, o ordenamento português não confere força vinculante aos seus precedentes, sendo o Tribunal Constitucional instância cassatória, com força revogatória ou capaz de mandar revogar a decisão jurisdicional incompatível com a Constituição⁸⁰.

Sobre os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta, Canas⁸¹ sintetiza que da conclusão pela inconstitucionalidade exsurgem três efeitos típicos. Primeiramente, o dever de desaplicação da norma questionada, como dever individual do magistrado da causa em concreto na qual houve tal decisão. Embora seja o juiz da causa quem vai decidir se a norma glosada é aplicável ou não no caso concreto, não tem poder de decisão sobre a inconstitucionalidade já pronunciada pelo Tribunal Constitucional naquele feito. O autor aponta, como segundo efeito e como consequência da pronúncia de inconstitucionalidade da norma, o reflorescimento da norma revogada pela eiva de inconstitucionalidade. Como já anunciado neste texto e

77 Lei 28/82, de 15 de novembro (com as alterações introduzidas pela Lei nº 143/85, de 26 de novembro, pela Lei nº 85/89, de 7 de setembro, pela Lei nº 88/95, de 1 de setembro, pela Lei nº 13-A/98, de 26 de fevereiro, e pelas Leis Orgânicas n.ºs 1/2011, de 30 de novembro, 5/2015, de 10 de abril e 11/2015 de 28 de agosto)

78 MIRANDA, Jorge. **O Tribunal Constitucional Português**. Valor e alcance da suas decisões. p. 85.

79 MORAIS, Carlos B. de. Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. (Org.) **Perspectivas de reformas na justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. p. 59-60, defende que os argumentos não se sustentam, porquanto esse sistema, comparando o sistema português com o alemão, italiano e espanhol, em que não subsiste tal necessidade de formação de mais de um caso no mesmo sentido, chama o primeiro de “amigo do legislador”. Diz, ainda, que o consenso almejado nem sempre é possível. Por fim, quanto à confirmação da inconstitucionalidade, em situações duvidosas, é situação de não é excepcionalíssima, só tendo corrido.

80 MORAIS, Carlos B. **Justiça Constitucional**. p. 548.

81 CANAS, Vitalino. **Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional**. p.95-98.

também relacionado pelo citado autor, o terceiro efeito que se impõe dirige-se ao Ministério Público, que então assume o dever de recorrer das decisões que reapliquem as normas reconhecidas pelo Tribunal Constitucional como inconstitucionais.

No que diz respeito ao efeito repristinatório, podem surgir situações que exijam do Tribunal Constitucional não só a manifestação para a desaplicação da norma. Canas⁸² ainda adverte para os casos em que o afastamento da norma inconstitucional ressuscita a norma revogada por aquela, mas também tizada de inconstitucionalidade. Ou ainda, a desaplicação da norma inconstitucional deixa sem qualquer regulação o caso de quem alega o vício perante o texto da Constituição⁸³. No primeiro caso, advoga que o Tribunal Constitucional deve ordenar a não aplicação da norma revogada pelo texto inconstitucional. No último, a decisão do Tribunal Constitucional deve ser aparelhada por um “provimento fictício”, capaz de reparar a situação do litigante que deveria se beneficiar do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma e nunca sofrer prejuízo.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nota-se que o ordenamento português de controle da constitucionalidade adotou um sistema misto, contemplando inicialmente o sistema difuso de *judicial review*, com assimilação posterior do modelo europeu.

Portugal, após passar por um período pós-revolucionário, quando grassava a fiscalização da constitucionalidade pelo Conselho da Revolução, assessorado pela Comissão Constitucional, adere ao conjunto de países que adotam o modelo de Tribunal Constitucional.

No controle difuso, o recurso ao Tribunal Constitucional, diferentemente de outras ordens jurídicas, pretende-se ao exame apenas da inconstitucionalidade da norma, cabendo aos tribunais comuns o papel de “juiz de casos”. Contudo, o acesso ao Tribunal Constitucional não exige a demonstração requisitos de interesse público, como se revelam nos casos de *certiorari* do direito estadunidense, ou na repercussão geral, do direito brasileiro.

82 CANAS, Vitalino. **Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional**. p. 98-101.

83 *Idem*. **Op. Cit.** p.100, o autor cita o caso de alguém que alega uma norma que concede o benefício de uma pensão, mas regulada de forma a comprometer o princípio da igualdade. Com a desaplicação da norma, sequer pensão subsistirá, por falta de norma anterior, repristinável, capaz de garantir aquela benesse.

O recurso ao Tribunal Constitucional é instrumental garantidor da última palavra em matéria de interpretação da Constituição, em exame intersubjetivo, sem caráter vinculante, só excepcionalmente com força obrigatória, isso quando da formação de uma tríade de decisões atestadoras da inconstitucionalidade de uma norma, após o crivo de um procedimento próprio para formação do caráter imperativo da tese sufragada por aquele órgão de soberania.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acessado em: 17 mar. 2018.

AMARAL, Maria Lúcia. Problemas da judicial review em Portugal. **Themis**. Coimbra: Almedina.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. de Fernando Pavan Baptista; Ariano Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANAS, Vitalino . Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional. **Progresso do Direito**.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

FORTE, David. F.; SPALDING, Matthew – Lesson 2: The Purpose Of The Constitution. In **The Heritage Guide To The Constitution: Teaching Companion Unit**. Regnery Publishing, 2014. Disponível em:<<https://www.heritage.org/constitution/content/pdf/lesson-2.pdf> >. Acessado em: 03 abr. 2018.

FRANÇA. **Constituição Francesa**. Disponível em:< http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acessado em: 17 mar. 2018.

GUEDES, Armando M. Marques. O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989). **O Direito**. Lisboa: [sn]. Ano 125, nº 1-2 (Jan. – Jun. 1993).

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Sérgio Sérvulo Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **As Origens da Constituição Norte-Americana Uma lição para a Europa**. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional Português. Valor e alcance das suas decisões. **Progresso do Direito**. Lisboa, 1986.

MORAIS, Carlos Blanco de. Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. (Org.). **Perspectivas de reformas na justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. de Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: [s.n.], 2011.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. Lisboa: AAFDL - Editora, 2017.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/legislacao/documents/constpt2005.pdf> >. Acessado em: 16 mar. 2018.

PORTUGAL. **Lei 28/82, de 15 de novembro (organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional)**. Disponível em: < https://www.cmjplp.org/admin/public/DWSDownload.aspx?File=Files/Files/CMJPLP/EstadosMembros/Portugal/OrganizacaoJudicial/4_Organizacao_Processo_TConstitucional_Portugal.pdf >. Acessado em: 16 mar. 2018.

QUEIROZ, Cristina M. M. A relação entre o tribunal constitucional e a justiça comum no processo de controle concreto de normas, em particular, o caso das sentenças interpretativas. In: CORREIA, Fernando Alves;

MACHADO, Jonas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.) – **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

RIBEIRO MENDES, Armindo – Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política - A Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade. **JULGAR**. n.º 3 (2007). Disponível em: <<http://julgar.pt/tribunal-constitucional-entre-o-direito-e-a-politica-a-fiscalizacao-preventiva-da-constitucionalidade/>>. Acessado em: 03 abr. 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, André Pagani de *et AL*. **Teoria geral do processo contemporâneo**. 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de constitucionalidade. In:

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. Salvador: JUSPODIVM, 2007.