

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – UM LEGISLADOR NEGATIVO?

## André Fellipe Lima Stacciarini

Agente Técnico Jurídico no Ministério Público do Estado do Amazonas.

Pós-graduado em Direito Público pela LFG/UNIDERP/Anhanguera.

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL).

**Sumário:** Introdução. 1 Controle de Constitucionalidade. 1.1 Evolução Histórica. 1.2 Conceito. 1.3 Controle difuso de constitucionalidade. 1.4 Controle concentrado de constitucionalidade. 1.4.1 Controle concentrado de constitucionalidade preventivo. 1.4.2 Controle concentrado de constitucionalidade sucessivo. 1.4.3 Controle concentrado de constitucionalidade por omissão. 2 Tribunal Constitucional em Portugal. 3 Supremo Tribunal Federal no Brasil. 4 Papel e Limite dos Tribunais Constitucionais no Controle Concentrado de Constitucionalidade. 5 Conclusão. Referências.

## Resumo

A Constituição detém supremacia sobre as leis ou atos normativos de um ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade é o instrumento adequado a garantir que tal supremacia seja devidamente cumprida no Estado Democrático de Direito. Qualquer lei ou ato normativo deve se submeter, formal ou materialmente, à Constituição, sob pena de patente inconstitucionalidade. O controle difuso de constitucionalidade é exercido por qualquer juiz ou tribunal, de forma incidental, em análise ao caso concreto. O controle concentrado, como o próprio nome sugere, concentra-se em um único órgão judicial. Eficácia *erga omnes*. Controvérsia quanto à hegemonia da separação de poderes. Possibilidade de ferimento. Sistema de pesos e contrapesos. Os Poderes são autônomos e independentes, mas deve haver mecanismos de controle recíprocos entres eles, a fim de coibir eventuais abusos. Bloco de Constitucionalidade - normas constitucionais a que os atos normativos são submetidos. Repristinção - possibilidade,

não automática, em regra. Modulação de efeitos de tais decisões, sob a fundamentação da segurança jurídica, da equidade ou do interesse público de excepcional relevo. Controle concentrado de constitucionalidade por omissão - o texto constitucional traz direitos fundamentais que devem ser regulamentados por normas infraconstitucionais para que tenham real eficácia - combate à inércia legislativa. Súmulas Vinculantes. Ativismo Judicial. Necessidade de combater o conservadorismo do Poder Legislativo, escusos interesses econômicos ou simplesmente irresponsabilidade no exercício de sua função. Defesa de direitos das minorias, geralmente esquecidas e marginalizadas pelo poder eleito majoritariamente. Decisões emblemáticas do STF e TC. Judicialização de questões políticas e sociais. Mal necessário.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Direitos fundamentais. Ativismo judicial. Estado democrático de direito.

### **Abstract**

*The Constitution has supremacy over the laws or normative acts of a legal system. Constitutionality control is the appropriate instrument to ensure that such supremacy is properly enforced in the Democratic Rule of Law. Any law or normative act must be submitted, formal or material to the Constitution, under penalty of patent unconstitutionality. The diffuse control of constitutionality is exercised by any judge or court, incidentally, in analysis of the specific case. Concentrated control, as its name suggests, focuses on a specific judicial body. Erga omnes effectiveness. Controversy over the hegemony of separation of powers. Possibility of injury. Weight and counterweight system. The Powers are autonomous and independent, but there must be reciprocal control mechanisms between them in order to curb any abuse. Constitutionality Block - constitutional norms to which normative acts are submitted. Repristination – possibility, not automatic, as a rule. Modulation of the effects of such decisions on the grounds of legal certainty, fairness or the public interest of outstanding importance. Concentrated control of constitutionality*

*by omission - the constitutional text brings fundamental rights that must be regulated by infraconstitutional rules in order to be effective - combating legislative inertia. Binding Precedents. Judicial activism. Need to combat legislative conservatism, covert economic interests or simply irresponsibility in the exercise of their function. Defense of minority rights, often forgotten and marginalized by the majority elected power. STF and TC emblematic decisions. Judicialization of political and social issues. Necessary evil.*

**Keywords:** *Constitutionality Control. Fundamental rights. Judicial activism. Democratic state.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discorrer sobre o papel dos Tribunais Superiores nos aparatos jurídicos brasileiro e português, bem como sobre a importância de suas decisões, mais especificamente no que tange ao controle de constitucionalidade das normas.

Será realizada uma análise crítica quanto às decisões pragmáticas do referido tribunal, a fim de observar sua legitimidade e suas consequências, não apenas jurídicas, mas também políticas que acabam por acarretar.

É notório que, nos últimos anos, a Constituição passou a ter um papel de enorme destaque no ordenamento jurídico dos países ocidentais. Em decorrência disso, as cortes constitucionais adquiriram um poder extremamente relevante de rever atos dos demais poderes da República, muitas vezes, afastando-os por patente inconstitucionalidade.

Assim, muitos se insurgiram, alegando que tais cortes usurariam a função típica do Poder Legislativo e funcionando como verdadeiros legisladores negativos e, às vezes, até positivo.

A ideia central desse estudo é exatamente dissecar tal situação hoje corrente e analisar de forma imparcial a constitucionalidade e os motivos e circunstâncias que nos trouxeram à atual ordem jurídica, legislativa e executiva.

Para melhor entendimento do tema central, discorreremos sobre inúmeros pontos que lhe são correlatos e imprescindíveis ao seu entendimento. Faremos um breve apanhado sobre a evolução histórica do controle de constitucionalidade e, claro, da progressão da supremacia da Constituição, em Portugal, no Brasil e no mundo de uma forma geral.

Depois, definiremos alguns institutos indispensáveis, como os controles de constitucionalidade difuso e concentrado, o Tribunal Constitucional português e o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Detalharemos algumas decisões históricas das referidas cortes constitucionais que, verdadeiramente, alteraram as estruturas jurídicas e políticas de ambos países.

Nesse ponto, serão vistos assuntos das mais variadas montas, que nos ajudarão a entender melhor a ordem jurídica estabelecida e as consequências que o “superpoder” (expressão utilizada por alguns autores) atribuído às cortes constitucionais tem gerado em suas nações.

Após essa breve introdução ao tema, é hora de adentrar com afinco em nosso objeto de estudo. Portanto, mãos à obra!

## **1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

### **1.1 Evolução histórica**

Iniciaremos o presente estudo com uma breve visão sobre a evolução histórica do direito constitucional, mais especificamente quanto ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos exercido pelo Poder Judiciário, não apenas em Portugal e no Brasil, mas num contexto mundial, visto ser um aprendizado de suma importância para que possamos compreender com mais clareza nosso objeto de estudo.

Nos Estados Unidos da América, desde sua formação, a Constituição tem um papel prevalente dentro de seu ordenamento jurídico. Não se admitindo, assim, que nenhuma lei ou qualquer outro ato normativo a ela seja contrário.

Apesar de notícias de precedentes anteriores, o caso que

marcou o controle judicial de constitucionalidade no mundo fora *Marbury x Madison*, no qual o juiz americano John Marshall, em 1803, declarou como inconstitucional uma lei federal por considerá-la contrária aos preceitos da Constituição Americana de 1787.

Segundo Marshall:

A todas as luzes, é da competência do poder judiciário determinar qual é a lei. Aqueles que aplicam a norma a casos particulares devem necessariamente expô-la e interpretá-la. Se duas leis conflitarem, às cortes cabe decidir da aplicação de cada uma delas. Se, por consequência, os tribunais devem examinar a Constituição e se a Constituição se sobrepõe a qualquer lei ordinária, a Constituição, e não a lei ordinária, há de prevalecer com relação à hipótese que ambas disciplinam.<sup>1</sup> (grifo nosso)

Por isso preleciona o eminente jurista Dircêo Torrecillas Ramos:

Embora haja antecedentes históricos sobre a supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias, coube aos Estados Unidos elaborar um sistema de controle de validade das leis, confiado aos tribunais e com caráter judicial. A verdade é que a definição do princípio, com repercussão internacional, ocorreu em 1803, no caso ‘*Marbury v. Madison*’, quando o presidente da Suprema Corte, o juiz Marshall, demonstrou corresponder à judicatura decidir sobre a constitucionalidade das leis e atos do legislativo ou do executivo.<sup>2</sup>

Em Portugal, no entanto, tal controle judicial (por ora, apenas o difuso) só veio a ser tipificado na Constituição de 1911, em seu art. 63º. No Brasil, tal fato ocorreu formalmente com a Constituição de 1891.

Apesar da demora na regulamentação, muitos doutrinadores e juristas já vinham aplicando tal entendimento,

---

<sup>1</sup> MARSHALL, apud DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law*, p. 25.

<sup>2</sup> RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Controle de constitucionalidade por via de ação*, p. 52-53.

afastando normas notadamente inconstitucionais.

A Constituição de 1933 basicamente manteve o regramento de sua antecessora. Mas a Revisão Constitucional de 1971 acabou por instituir o sistema misto de controle judicial, coexistindo, assim, o difuso e o concentrado, que veremos com mais detalhes no decorrer do trabalho.

Com a entrada em vigor da atual Constituição Portuguesa de 1976, algumas novidades foram incorporadas, conforme preleciona Gomes Canotilho, quais sejam: a) a criação da fiscalização preventiva abstrata de atos legislativos ou equiparados e a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão; e b) a criação da Comissão Constitucional como órgão de controle, de composição e funções híbridas (órgão consultivo do Conselho da Revolução e instância de recursos para apreciação das questões de inconstitucionalidade suscitadas perante os tribunais).<sup>3</sup>

O Tribunal Constitucional, com a nomenclatura que hoje conhecemos, apenas foi criado a partir da Revisão Constitucional de 1982. No entanto, sobre ele vamos falar em um tópico específico, devido à sua relevância no presente estudo.

A Constituição, em verdade, ganhou extrema relevância na Europa a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, quando barbaridades de conhecimento público ocorreram sob a égide da legalidade.

Luís Roberto Barroso brilhantemente define a situação vivida à época:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como concepção da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao judiciário. Inúmeros países europeus passaram a adotar um modelo

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 915.

próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.<sup>4</sup>

Da análise de tal trecho, fica claro o longo e tortuoso processo que a Constituição passou até se sobrepor à lei e conseqüentemente ao Parlamento.

No Brasil, apesar da aplicação do controle judicial de constitucionalidade, a Carta Magna apenas adquiriu essa supremacia com a Constituição de 1988, com o início da redemocratização, após anos de sistema ditatorial. Modelo, inclusive, muito semelhante ao português.

Nesse tópico, fizemos um apanhado da evolução do controle judicial de constitucionalidade. Munidos dessas informações, vamos efetivamente a ele.

## 1.2 Conceito

O controle de constitucionalidade é, em linhas gerais, um instituto que permite ao Poder Judiciário averiguar a constitucionalidade da lei e demais atos normativos quando impostos, incidental ou abstratamente, a seu crivo.

Jorge Miranda assim aduz:

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base.

Assim declaradas, são conceitos que parecem surgir por dedução imediata. De modo pré-sugerido, resultam de um confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional.

Não se trata de relação de mero carácter lógico ou

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 06.

<sup>5</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II. Constituição e inconstitucionalidade*, p. 310-311.

intelectivo. É essencialmente uma relação de caráter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, ou a desarmonia entre estes e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.<sup>5</sup>

Assim, resta claro a submissão de toda e qualquer norma jurídica ao conteúdo formal e material previsto na Constituição. Devendo aquelas que a desrespeitem serem afastadas do ordenamento por latente inconstitucionalidade.

Dessa forma, nada mais é que uma adequação da norma infraconstitucional à Constituição, baseada sempre na supremacia que esta exerce em relação àquelas.

Vamos terminar o presente tópico com a excelente definição de Clever Vasconcelos:

Controle de constitucionalidade consiste em um conjunto de mecanismos destinados a verificar a compatibilidade entre uma lei e qualquer ato normativo e a Constituição, que está hierarquicamente acima de todas as normas do ordenamento e deve ser sempre observada. A sua violação pode ocorrer por ação ou omissão.<sup>6</sup>

Inclusive, Brasil e Portugal têm uma das poucas constituições que trazem expressamente o controle concentrado de constitucionalidade por omissão em seu bojo.

### **1.3 Controle difuso de constitucionalidade**

O controle difuso de constitucionalidade tem sua origem, como já visto, no caso *Marbury x Madison*, precedente ocorrido nos Estados Unidos da América em 1803.

Desde então, os demais países do Ocidente passaram a adotá-lo em menor ou maior escala, com o decorrer dos anos, décadas ou até séculos. Em Portugal, teve sua primeira guarida na Constituição de 1911; e no Brasil, em sua Carta Magna de 1891.

---

<sup>6</sup> VASCONCELOS, Clever. Direito constitucional, p. 15.

Tal controle consiste na apreciação por qualquer membro do Poder Judiciário em relação à (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

É também conhecido como controle concreto, incidental ou por via de exceção, uma vez que o juiz ou tribunal aprecia a constitucionalidade do referido ato incidentalmente quando analisa um caso concreto que lhe fora submetido e acaba por tornar-se uma questão imprescindível ao julgamento da lide.

Segundo Gomes Canotilho:

Consagra-se o controlo difuso, concreto e incidental dos actos normativos, na senda da tradição republicana portuguesa. A competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas continua a ser reconhecida a todos os tribunais – judiciais, administrativos e fiscais - (cfr. arts. 204.<sup>o</sup> e 277.<sup>o</sup>) que, quer por impugnação das partes, quer *ex officio* pelo juiz ou pelo ministério público, julgam e decidem a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial.<sup>7</sup>

Conforme salienta o brilhante constitucionalista, o regime difuso é concretizado por qualquer membro do Poder Judiciário, que decidirá quanto à constitucionalidade das leis no caso específico, afastando ou não sua aplicabilidade.

Tal apreciação ocorre *ex officio* ou por provocação de qualquer das partes e do Ministério Público, ainda que atue na função de *custus legis*.

#### **1.4 Controle concentrado de constitucionalidade**

O controle concentrado de constitucionalidade recebe tal alcunha porque sua jurisdição se concentra em um órgão específico do Poder Judiciário. Em Portugal, tal órgão é o Tribunal Constitucional (TC). No Brasil, essa competência é exercida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O citado sistema teve origem na Áustria, em 1920, tendo em Hans Kelsen seu primeiro doutrinador.

Após, o modelo passou a ser adotado por países como

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, op. cit, p. 917.

Alemanha e Itália; por isso, conhecido como “modelo europeu”.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, “a Corte Constitucional não se submete ao edifício jurisdicional, ela não integra e não tem qualquer liame estrutural com ele”.<sup>8</sup>

Assim, conclui:

A Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho jurisdicional ordinário e independente, como ocorre com outros modelos dos demais poderes públicos. É uma jurisdição especializada, com competência exclusiva e situada fora do aparelho judiciário comum.<sup>9</sup>

Assim percebemos que as Cortes Constitucionais representam um poder extremamente importante e de competência ímpar não apenas no contexto do Poder Judiciário, mas também de vital importância nos demais poderes, mais notadamente quando realiza o controle de constitucionalidade, com toda a carga política que isso representa.

O controle concentrado, como vimos, é realizado pelo Tribunal Constitucional e tal decisão tem obrigatoriedade “*erga omnes*”, ou seja, deve ser observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

O referido controle pode ser feito antes da norma entrar em vigor (controle preventivo) ou depois de plenamente válida (controle sucessivo ou repressivo). O que não se admite é a existência de uma norma jurídica que contrarie formal ou materialmente a Constituição.

#### **1.4.1 Controle concentrado de constitucionalidade preventivo**

O controle preventivo vem exaurido expressamente nos arts. 278º e 279º, da Constituição Portuguesa e, como já dito, ocorre quando a constitucionalidade da lei é apreciada antes mesmo de sua entrada em vigor.

---

<sup>8</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p.28.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p.28.

Dessa forma, evita-se que a “provável lei” fulminada pela inconstitucionalidade venha existir no mundo jurídico.

Alguns doutrinadores portugueses mais apegados à chamada “supremacia do Parlamento” defendem que tal previsão proporciona um exacerbado poder ao Tribunal Constitucional, ferindo, assim, a separação de poderes.

No entanto, a maioria, acertadamente, entende que tal competência é plenamente justificável, uma vez que adota o sistema de freios e contrapesos.

Conforme tal sistema, os poderes são autônomos e independentes entre si. No entanto, deve haver mecanismos de controle recíprocos, a fim de evitar o abuso e principalmente o desrespeito às normas constitucionais.

Assim, os citados artigos nada mais representam que um controle do Poder Judiciário com participação do Poder Executivo em relação às normas que possam vir a ser editadas pelo Poder Legislativo.

E tal “interferência” é apenas uma concretização da necessidade de conformidade dos atos normativos ao conteúdo e forma previstos na Constituição. Essa, sim, realmente, suprema em qualquer Estado Democrático de Direito.

#### **1.4.2 Controle concentrado de constitucionalidade sucessivo**

O controle sucessivo é aquele exercido após a entrada em vigor do ato normativo. Ou seja, após a norma encontrar-se em plena vigência.

Apesar de plenamente válida, algumas normas padecem de inconstitucionalidade formal (quando não observam alguma das regras orgânicas exigidas em sua formação) ou material (quando contrariam o conteúdo, explícito ou implícito, de uma norma ou princípio constitucional).

Por tal desrespeito aos preceitos constitucionais, a norma jurídica deve ser afastada de forma geral e obrigatória pelo Tribunal Constitucional, após a verificação de um procedimento previsto na própria Constituição.

O referido tribunal pode apreciar e declarar a inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica que afronte

a Constituição. Tendo como explicação a supremacia que essa exerce sobre todo o ordenamento jurídico.

O item 3, do art. 281º, traz um ponto interessante, que é a possibilidade do tribunal declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo independente de provocação de qualquer dos legitimados, desde que tal norma tenha sido julgada inconstitucional em, pelo menos, três casos concretos.

Essa previsão não é encontrada no direito brasileiro. No entanto, a Constituição Federal de 1988 permite ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo de ofício, o que alarga sobremaneira a possibilidade de tal análise.

Assim vimos que todas normas jurídicas se submetem à Constituição. Mas temos que analisar quais são os parâmetros constitucionais que baseiam tal controle. Ou seja, a que normas constitucionais os atos normativos são submetidos. Esse conjunto de normas recebe o nome de “bloco de constitucionalidade”.

Segundo Gomes Canotilho:

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3º/3). Significa isso que os actos legislativos e restante actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao **parâmetro constitucional**. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a *ordem constitucional global*, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.<sup>10</sup>(grifo e itálico originais)

---

<sup>10</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 919.

Continua o autor:

Na perspectiva (1) o parâmetro da constitucionalidade (normas de referência, blocos de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo “espírito” ou pelos “valores” que informam a ordem constitucional global.<sup>11</sup>

O brilhantismo peculiar do renomado constitucionalista português dispensa maiores comentários acerca do assunto.

No entanto, apenas por amor ao debate, devemos ressaltar que tal concepção é uma das mais tormentosas do direito, uma vez que não há um consenso entre os doutrinadores.

Pensamos que razão assiste à segunda corrente que entende que o parâmetro constitucional não se resume às normas escritas, uma vez que há inúmeros princípios constitucionais não escritos, que são tão ou mais importantes que os positivados.

Nesse ponto, ficamos com a definição de Miguel Josino Neto:

**Obloco de constitucionalidade expande as disposições dotadas de valor constitucional**, ampliando, pois, os direitos e as liberdades públicas, abrindo espaço para o crescimento e fortalecimento dos direitos fundamentais do homem. O bloco de constitucionalidade pode ser entendido como o conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores materialmente constitucionais fora do texto da Constituição formal.<sup>12</sup>(grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em acórdão de relatoria do Ministro Celso Antônio Bandeira de Melo, afirmou que a Constituição representa muito mais que as normas e

---

<sup>11</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 920.

<sup>12</sup> JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3619/o-bloco-de-constitucionalidade-como-fator-determinante-para-a-expansao-dos-direitos-fundamentais-da-pessoa-humana>. Acesso em: 13 abr. 2017.

princípios nela formalmente positivados. Ao contrário, deve ser representada por conceitos e princípios que a animam, afastando-se, assim, de um conceito minimalista.<sup>13</sup>

Superado tal ponto, vamos analisar o item 1, do art. 282º, da Constituição Portuguesa que traz o efeito da repristinação como consequência da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo pelo Tribunal Constitucional, em sede de controle abstrato.

Ou seja, após essa decisão, volta a ser plenamente válida a norma que foi revogada pela agora considerada inconstitucional.

Essa previsão também não encontra guarida no direito brasileiro, uma vez que esse ordenamento apenas admite a repristinação de forma expressa, e nunca automática.

Destacamos, ainda, que Portugal, assim como o Brasil, adotou a “modulação de efeitos”, uma vez que por motivos de segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito.

No Brasil, tal previsão vem elencada no art. 27, da Lei 9868/99. Vejamos:

Art. 27. 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.<sup>14</sup>

Assim, observamos que os tribunais constitucionais de ambos países têm um imenso poder, pois além de afastar uma

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 595/ES*. Julgamento 18 fev. 2002. Relator: Min Celso de Mello. DJ, 26 fev. 2002, PP-00021RTJVOL-00200-02 PP-010019. Disponível em: <http://stf.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-595-es-stf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

<sup>14</sup> Id. Lei nº. 9868, de 10 de nov. 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

norma instituída pelo parlamento, determina, também, em que moldes tal afastamento ocorrerá.

Apesar de, em um primeiro momento, parecer que a modulação de efeitos seja um superpoder do Judiciário, com tal fato não podemos concordar, pois é uma consequência lógica e necessária do próprio instituto do controle de constitucionalidade.

Sem tal possibilidade, poderíamos presenciar situações esdrúxulas, em que direitos adquiridos e fatos consumados poderiam ser extintos por um fato não imputável ao particular que tenha dele se beneficiado, mas sim ao Poder Público que editou uma lei inconstitucional.

Conforme preleciona o jurista Gilmar Mendes, tal modulação tem que ser realizada pelo Tribunal Constitucional, de forma proporcional e razoável. Vejamos:

O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica (...) manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.<sup>15</sup>

### **1.4.3 Controle concentrado de constitucionalidade por omissão**

O controle de constitucionalidade por omissão foi previsto pela primeira vez em Portugal na sua Constituição de 1976. E tem um valor histórico extremamente relevante, pois serviu de modelo para implementação do sistema em vários outros países, entre eles o Brasil.

Esse controle, como o nome adianta, visa combater uma omissão. No entanto, não se preocupa com qualquer tipo de conduta omissiva, mas apenas com aquela decorrente do Poder

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 631.533*. Rel. Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática, DJ de 12 nov. 2008, p. 116.

Legislativo, ao exercer sua função precípua de legislar.

Como já salientado nesse trabalho, o texto constitucional traz inúmeros direitos fundamentais, que necessitam ser regulamentados por normas infraconstitucionais, para que produzam real eficácia (normas constitucionais de eficácia limitada).

Dessa forma, o constituinte, atento à possibilidade de não regulamentação de tais direitos pelo poder competente, criou o controle de constitucionalidade por omissão, em que o Tribunal Constitucional tem a função de analisar a possível inércia legislativa.

Em Portugal, apesar da importância histórica mencionada, esse tipo de controle não vem trazendo muita importância prática. Tal fato se deve, principalmente, aos reduzidos efeitos jurídicos que ele provoca.

Em verdade, o Tribunal Constitucional apenas transmite uma mensagem declaratória ao Poder Legislativo, dando-lhe conhecimento de sua omissão legislativa quanto à regulamentação de um direito constitucionalmente assegurado. Não impondo nenhum prazo nem aplicando qualquer sanção.

No Brasil, o referido controle é um pouco mais abrangente, pois não se limita apenas à omissão legislativa, mas também à administrativa, fixando prazos para sua feitura. O Supremo Tribunal Federal, em não raros casos, deu eficácia a tais direitos ainda que não regulamentados por lei.

Devido aos mesmos motivos já mencionados, o controle omissivo também é alvo de críticas quanto aos limites da separação de poderes. No entanto, entendemos que não há violação, pois o instituto é apenas uma das formas de assegurar o exercício de direitos fundamentais pelos cidadãos que, inclusive, constitui cláusula pétrea na maioria das constituições democráticas.

Assim, entendemos que o Brasil e, principalmente, Portugal têm que aperfeiçoar o controle omissivo, para torná-lo, finalmente, um importante aliado na garantia de direitos.

## 2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL

O Tribunal Constitucional português, objeto do presente trabalho, foi criado em 1982. No entanto, alguns embriões já tomavam forma anos antes.

A revisão de 1971 alterou a Constituição Portuguesa de 1933 e agregou o controle concentrado ao sistema de controle de constitucionalidade português.

Assim, a Lei 3/74 atribuiu ao Conselho de Estado a competência para declarar a inconstitucionalidade, com caráter geral e obrigatório, de qualquer norma.

No entanto, a Lei 5/75 logo criou o Conselho da Revolução e lhe transferiu tal competência.

Com o advento da Constituição de 1976, a referida competência passou para a Comissão Constitucional, que se tornou o órgão a exercer o citado controle.

Apenas com a revisão de 1982, finalmente, foi criado o Tribunal Constitucional, que passou a exercer o controle concentrado de constitucionalidade em Portugal. E, assim, segue até os dias atuais.

Como tribunal, o Tribunal Constitucional compartilha as características próprias de todos os tribunais: é um órgão de soberania (artigo 202º da Constituição); é independente e autónomo, não está dependente nem funciona junto de qualquer órgão; os seus juízes são independentes e inamovíveis; as suas decisões impõem-se a qualquer outra autoridade. Mas, diferentemente dos demais tribunais, o Tribunal Constitucional tem a sua composição e competência definidas directamente na Constituição; os seus juízes são maioritariamente eleitos pela Assembleia da República; dispõe de autonomia administrativa e financeira e de orçamento próprio, inscrito separadamente entre os “encargos gerais do Estado”; e define, ele próprio, as questões relativas à delimitação da sua competência.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional Portugal. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-orgaoconst.html>. Acesso em: 16 abr. 2017.

Tal definição expõe com maestria as especificidades do tribunal. Tendo poderes superiores aos demais, até pela importância da competência que lhe fora atribuída.

O Tribunal Constitucional não está submetido hierarquicamente a qualquer outro órgão, tendo uma posição de extremo destaque na pirâmide judiciária. Em verdade, não a integrando efetivamente.

O presente órgão exerce a função de natureza jurídico-constitucional e é composto por 13 (treze) magistrados, que decidem as questões mais importantes ao rumo do País.

Uma diferença bastante marcante em relação ao Supremo Tribunal Federal (órgão correspondente no Brasil) é que no Tribunal Constitucional seus membros são escolhidos para um mandato com prazo determinado de 09 (nove) anos, enquanto naquele, seus representantes detêm mandatos vitalícios.

Essa característica traz consequências práticas de extrema relevância, uma vez que essa rotatividade pode trazer mudanças de paradigmas e entendimentos, conforme se altera a composição subjetiva do Tribunal. É claro que, ao mesmo tempo, isso pode acarretar certa insegurança jurídica, mas também impedir o engessamento de entendimentos dos membros.

A composição do órgão obedece a alguns critérios estabelecidos, tais como: a) 10 (dez) juízes escolhidos pelo Parlamento; e b) 03 (três) juízes cooptados por estes. Além disso, alguns desses membros têm que ser originários de outros tribunais, ou seja, juízes de carreira.

A Constituição Federal brasileira apenas exige que o indicado tenha reputação ilibada e notável saber jurídico, o que é aferido pelo Senado Federal, após indicação do Presidente da República.

### **3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL**

No Brasil, como já visto, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

O referido tribunal foi criado em 1828, com a denominação

de Superior Tribunal de Justiça, sob forte inspiração do modelo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

A partir da Constituição Provisória de 1890, passou-se a utilizar a atual nomenclatura.

Ao Supremo Tribunal compete principalmente a guarda da Constituição brasileira, e, por isso, exerce exclusivamente o controle concentrado de constitucionalidade. Expedindo, nessa seara, decisões de extrema vanguarda e suprimindo a inércia e retrocesso típicos do legislativo brasileiro. No entanto, sobre tais assuntos discorreremos oportunamente.

Conforme o parágrafo 2º, do art. 102, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 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.<sup>17</sup>

Assim, tal decisão do Supremo abarca, na prática, os órgãos públicos a que se dirigem a lei ou ato normativo e, por isso, tem o chamado efeito “*erga omnes*”.

Além disso:

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988).<sup>18</sup>

A promulgação de tais súmulas vinculantes traz um poder e importância ainda maior ao referido órgão que, para alguns, representa mais um ultraje à soberania do Poder Legislativo.

Mas para a maioria é apenas um mecanismo constitucional

---

<sup>17</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 16 abr. 2017.

<sup>18</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante e repercussão geral são destaques em dez anos da Reforma do Judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 16 abr. 2017.

para desafogar o Poder Judiciário do País, que tem uma demanda descomunal, e trazer mais segurança jurídica aos jurisdicionados.

#### **4 PAPEL E LIMITES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Como exaustivamente explicitado nesse trabalho, o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário é, hoje, um importante mecanismo de interpretação e atuação judicial que acarreta inúmeras consequências, não apenas no campo jurídico, mas também no político.

O sistema concentrado, devido às importantes consequências que acarreta, vem, nos últimos tempos, trazendo inúmeras indagações por partes de juristas e da sociedade em geral quanto ao limite de sua atuação.

Muitos questionam a legitimidade de algumas decisões e se os tribunais/cortes superiores não exorbitariam os limites de sua competência e atuando como verdadeiros legisladores negativos, afastando leis instituídas pelo Poder Legislativo, eleito majoritariamente pela população.

Na verdade, algumas decisões parecem ultrapassar essa esfera e transformar os Tribunais Constitucionais em verdadeiros legisladores positivos, formalizando e concedendo direitos que não chegaram a ser apreciados pelo Parlamento ou foram por esse rechaçados.

No decorrer deste capítulo, vamos mostrar trechos e analisar alguns casos concretos, ocorridos em Portugal e no Brasil (por amor ao direito comparado), que nos ajudarão a melhor entender a proporção e importância que tal ativismo judicial vem representando à sociedade. E observar, também, se tal atuação tem ou não uma guarida constitucional, quando vista sob o prisma dos próprios princípios constitucionais, formadores e autorizadores do Estado Democrático de Direito.

Faz-se extremamente necessária a detida compreensão de tais decisões, pois corresponde ao cerne do presente trabalho.

No entanto, tal celeuma é tão antiga quanto o próprio

instituto. No início da experiência constitucionalista americana, esses conflitos já começavam a ocorrer.

A Corte Americana definia os contornos dos direitos sociais no país, conforme era dominada por republicanos ou democratas. E a cada decisão liberal ou conservadora, vozes insurgentes ou simpatizantes surgiam de ambos os lados.

Sobre esse assunto, não podemos deixar de citar o constitucionalista e membro do Superior Tribunal Federal Luís Roberto Barroso que, com maestria, sobre ele discorre. Vejamos:

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial e para a invalidação de leis sociais em geral, cominando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte. A situação se reverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, nas presidências Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas à privacidade e aborto.<sup>19</sup>

Assim, percebemos que o problema discutido no presente trabalho não é exclusivo dos tempos atuais.

A Europa e demais países ocidentais, à medida que presenciaram o aumento do poder decisório de seus tribunais constitucionais, passaram a questionar a legitimidade de tais decisões.

Portugal e Brasil tiveram várias experiências nos últimos anos, em que o Poder Judiciário supriu algumas lacunas deixadas pelo Poder Legislativo no que tange a direitos de seus cidadãos. Tais lacunas decorrem de um conservadorismo que acometem tais casas, de escusos interesses econômicos ou simplesmente de incompetência e irresponsabilidade no exercício da função.

Aqui não podemos deixar de analisar alguns casos emblemáticos que exemplificam de forma magnífica esse ativismo judicial tão presente e alvo de muitas críticas, mas

---

<sup>19</sup> BARROSO, op. cit., p. 36-37.

também de vários elogios, uma vez que tais decisões representam, em sua maioria, um grande avanço, principalmente no que tange ao reconhecimento de direitos de minorias esquecidas e marginalizadas pelo poder eleito majoritariamente.

Vamos iniciar analisando um acórdão do Tribunal Constitucional português que reitera a não obrigatoriedade do ensino e moral católica na rede pública, independente de justificação nesse sentido.

Atento este precedente, entende o Tribunal que a questão a que urge dar resposta é, no essencial, a de saber se a parte final do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, comporta uma violação da liberdade religiosa, expressamente consagrada no artigo 41.º, n.º 1, da Constituição.

Como já se referiu, a liberdade religiosa é um direito, liberdade e garantia, que vincula todas as entidades públicas e privadas e que goza de aplicabilidade direta, valendo sem lei e contra a lei (cfr. artigo 18.º, n.º 1, da Constituição). **Estamos, portanto, perante um direito que, em certas dimensões, apresenta um conteúdo e um sentido determináveis no plano constitucional, impondo às entidades a ele vinculadas proibições e injunções plenamente concretizáveis sem necessidade de intervenção legislativa** (J. C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.ª ed., Almedina, 2012, p. 193 e ss.). **De facto, enquanto liberdade negativa, a liberdade religiosa consiste fundamentalmente numa liberdade de «não-fazer»: ninguém é obrigado a ter ou a professar uma religião, e, consequentemente, ninguém é obrigado a usufruir de ensino religioso. O gozo destas liberdades faz-se, precisamente, «não agindo», o que significa que, nesta dimensão, a liberdade religiosa é tendencialmente avessa a qualquer tipo de intervenção normativa.** Ao modelar o acesso ao ensino religioso na escola pública através da exigência de uma declaração negativa, o legislador regional introduz no ordenamento jurídico o direito de recusar o ensino religioso, porquanto, ao nada ser dito, tal ensino converte-se numa disciplina de frequência obrigatória. Ou seja, passa a reclamar-se do indivíduo um comportamento positivo para que possa continuar a fruir

de uma liberdade negativa, algo que constitui, per se, uma violação do preceito constitucional que proscree qualquer atuação estadual de orientação ou interferência naquele reduto individual de «não-exercício» em que se traduz a liberdade religiosa.

Por outro lado é também afetada a não confessionalidade do ensino público (cfr. artigo 43.º, n.º 3, da Constituição), à qual, mesmo não sendo de reconhecer uma dimensão subjetiva, há que estender, enquanto garantia institucional inerente à liberdade religiosa, o regime específico dos direitos, liberdades e garantias (cfr., neste sentido, J. C. Vieira de Andrade, ob. cit., p. 185 e 186).

**Conclui-se, portanto, que o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, viola diretamente os artigos 41.º, n.º 1, e 43.º, n.º 3 da Constituição, estando, destarte, ferido de inconstitucionalidade material.**

### III. Decisão

11. Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma contida na parte final do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, por violação dos artigos 165.º, n.º 1, alínea b), 227.º, n.º 1, alínea a), 41.º, n.º 1 e 43.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

Lisboa, 28 de agosto de 2014. - José Cunha Barbosa - Carlos Fernandes Cadilha - Catarina Sarmiento e Castro - Pedro Machete - Ana Guerra Martins - Maria Lúcia Amaral - Joaquim de Sousa Ribeiro. <sup>20</sup>(grifo nosso)

Observamos que tal decisão do tribunal, além de reforçar a não obrigatoriedade da criança ou adolescente em frequentar as aulas de ensino religioso, ainda extingue a imposição legal de oferecimento da referida matéria.

Essa decisão, apesar de opiniões contrárias, não afeta a soberania parlamentar portuguesa, porque ela não está acima da Constituição. E tal determinação legal, claramente, lhe era contrária, visto que a liberdade religiosa pressupõe, não

---

<sup>20</sup> PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/2014/ensino liberdade constituição religiosa*. Disponível em: <http://www.leideportugal.com/primeira-serie/ensino-liberdade-constituicao-religiosa-306347>. Acesso em: 20 abr. 2017.

apenas uma liberdade positiva, mas também negativa, dando ao cidadão o direito de professar livremente sua fé e, também, de não processar fé alguma, sem ter que expedir qualquer tipo de justificativa nesse sentido.

Segundo Jónatas Eduardo Mendes Machado, a liberdade religiosa importa em uma dimensão negativa, que consiste numa abstenção do Estado e de terceiros. Nenhuma entidade pública ou privada, nenhum particular pode coagir um indivíduo a ter ou não ter religião, a praticar ou não praticar cultos, e assim por diante.<sup>21</sup>

Outros acórdãos emblemáticos do Tribunal Constitucional português foram os que permitiam a interrupção da gravidez desde 1984. Apesar de a legislação portuguesa ter descriminalizado a prática em 2007, com a Lei nº 16/2007, tais decisões foram muito importantes e causaram inúmeras discussões, quanto a sua legitimidade, entre juristas, à época.

Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino assim disseram:

“Todavia, essa protecção da vida humana em gestação não terá que assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa. Aliás, existe uma bem radicada e inegável tradição jurídica tendente a tratar diferenciadamente os já nascidos e os nascituros, que se revela, desde logo, na negação da personalidade jurídica a estes últimos (basta recordar o modo sugestivo como se refere à aquisição da personalidade jurídica o artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil) e se manifesta, no âmbito do direito penal, exactamente com a incontestada punição diferenciada do aborto relativamente ao homicídio, designadamente no que se refere à distinta medida legal da pena e à não punição do aborto por negligência e, actualmente, entre nós, com a autonomização sistemática

---

<sup>21</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, p. 221.

dos crimes contra a vida intra-uterina.<sup>22</sup>

Agora falaremos um pouco sobre decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro que revolucionaram os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sem, no entanto, ter sido objeto de nenhuma apreciação legislativa.

Com certeza, uma das decisões mais emblemáticas do referido tribunal fora aquela que permitiu o casamento homoafetivo no Brasil, em 05/05/2011. Tornando o país um dos primeiros da América Latina a reconhecer tal união.

A questão do casamento homoafetivo no país, assim como em muitos outros de tradição religiosa, sempre foi uma celeuma infundável, que trazia muitos transtornos a pessoas que de fato viviam uma situação e não tinham o reconhecimento jurídico para os fins necessários.

O Supremo, em julgamento histórico, pôs fim a tal imbróglio, sob os seguintes fundamentos:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.
2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS

---

<sup>22</sup> MIRANDA, Jorge; ALEXANDRINO, José de Melo. *As grandes decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Alexandrino-Jose-de-Melo-Grandes-decisoes-dos-Tribunais-Constitucionais-Europeus.pdf>. p. 25. Acesso em: 20 abr. 2017.

FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (...)

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. 23

Assim, o tribunal desfez uma injustiça histórica, afastando a interferência do Estado na condição ou opção sexual das pessoas.

Claro que vozes conservadoras se insurgiram contra tal decisão e alegaram que o Supremo legislaria indiretamente.

Não obstante tal argumento, foi realizada uma interpretação constitucional conforme, de acordo com inúmeros princípios e direitos fundamentais, como o da igualdade, da proibição de discriminação e, principalmente, da dignidade da pessoa humana em todas as suas formas.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro,

---

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante e repercussão geral são destaques em dez anos da Reforma do Judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CASAMENTO+GAY%29&base=baseA-cordaos&url=http://tinyurl.com/m4kxlv>. Acesso em: 22 abr. 2017.

determinou que cartórios de todo o Brasil não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva, como estabelece a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).<sup>24</sup>

Por fim, falaremos sobre outra decisão do citado tribunal, que causou muitos protestos, principalmente, por parte dos religiosos mais fervorosos.

Em 13/04/2012, o Supremo descriminalizou o aborto de fetos anencéfalos, ou seja, daquele feto que apresenta malformação do sistema nervoso. Sendo, em verdade, um morto cerebral após o nascimento.

E o fez com bases nos seguintes argumentos:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.<sup>25</sup>

Dessa forma, o Supremo, com tal decisão, supriu a lacuna

---

<sup>24</sup> BRASIL. *Resolução sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaque&idConteudo=238515>. Acesso em: 22 abr. 2017.

<sup>25</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 22 abr. 2017.

legislativa e deu dignidade às mulheres que tinham que passar meses em uma sofrida gestação, para ao final dar à luz a um ser que já nascia sem vida, pelo menos, tecnicamente, uma vez que o direito brasileiro adota o critério da morte cerebral.

Claro que a questão da interrupção da gravidez passa por contornos mais complexos e ainda temos muito que progredir quanto ao tema. Mas, sem dúvidas, essa decisão representa um grande avanço nesse tortuoso caminho.

Após a análise de algumas decisões históricas dos tribunais superiores, observamos que elas representam, ainda que de forma indireta, uma solução em relação à inércia do Parlamento. E isso acaba por transpassar um liame extremamente tênue entre a competência de tais tribunais e a competência do Poder Legislativo.

Segundo Barroso, com o fim do regime ditatorial em alguns países e a conseqüente recuperação das liberdades democráticas e das garantias aos magistrados, o Poder Judiciário deixou de ser exclusivamente técnico, passando, também, a exercer uma atuação política, dividindo tal espaço com o Legislativo e o Executivo.<sup>26</sup>

Assim, aduz o autor que hodiernamente temos uma significativa judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.<sup>27</sup>

## 5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no decorrer do trabalho, as Constituições passaram a ter um valor supremo na maioria dos países ocidentais; nos Estados Unidos da América, desde sua fundação; em alguns países da Europa, a partir do fim da 2<sup>ª</sup> Guerra Mundial; e nas demais nações, após se libertarem de regimes ditatoriais, que as assombraram por anos.

Com essa mudança de paradigma, foram criadas Cortes Constitucionais que passaram a ter um papel de destaque nas decisões jurídicas e políticas das respectivas nações. A tais

---

<sup>26</sup> BARROSO, op. cit., p. 34.

<sup>27</sup> Ibid., p. 34.

tribunais fora dada a função de analisar a compatibilidade formal e material das leis e demais atos normativos em relação aos preceitos explícitos e implícitos da Constituição.

Em caso de incompatibilidade, tal ato deve ser imediatamente afastado. Por esse motivo, muito se discutiu e ainda se discute, se esses tribunais usurpariam a função do Parlamento, pois afasta normas postas por esse e, não raras vezes, cria e garante direitos por ele não discutidos ou rejeitados anteriormente.

No entanto, apesar de certa plausibilidade de alguns argumentos, entendemos que razão não lhes assiste. Uma vez que o poder auferido a esses órgãos decorre exatamente da própria Constituição, que tem poder soberano em um Estado Democrático de Direito.

Também não há que se falar em desrespeito ao princípio da separação de poderes, uma vez que esse não atribuiu um poder absoluto a nenhum deles. Ao contrário, cada um deve, de forma independente e harmônica, realizar sua função típica e, simultaneamente, aferir a fiscalização dos demais, a fim de evitar os abusos tantas vezes característicos.

Tal sistema reconhecido e aceito internacionalmente, como vimos, recebe a denominação de “freios e contrapesos” e é indispensável a qualquer nação que se quer livre e democrática.

Além disso, não podemos concordar com o fato de um ato inconstitucional continuar irradiando efeitos na ordem jurídica e política. Isso seria uma triste regressão em relação à ordem jurídica atual que conquistamos a duras penas e após vários sofrimentos com erros do passado.

Vimos que tais tribunais acabam, com essas decisões, por garantir inúmeros direitos aos cidadãos, mais notadamente àquelas minorias constantemente esquecidas pelo Parlamento eleito majoritariamente.

Assim, por mais que, como demonstrado, seja bastante tênue a linha que separa a “nova” atribuição dessas cortes e a competência do Poder Legislativo em editar leis, não podemos concordar com o argumento de que os Tribunais passaram a ser legisladores negativos ou positivos, por todos os motivos expostos.

E, ainda, para aqueles que compartilham de entendimento contrário, é forçoso reconhecer que tal composição jurídica/política seria, no mínimo, um “mal necessário”, uma vez que a humanidade não pode mais correr o risco de passar por situações esdrúxulas como um regime nazista ou fascista, que encontraram toda sua legitimidade na então supremacia da lei posta pelo Parlamento.

Dessa forma, nos despedimos e esperamos que tenham uma agradável, reflexiva e produtiva leitura.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.direito.doestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 06.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 16 abr. 2017

\_\_\_\_\_. Lei nº. 9868, de 10 de nov. 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Resolução sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515>. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Súmula Vinculante e repercussão geral são destaques em dez anos da Reforma do Judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CA->

SAMENTO +GAY%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m4kxlv. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. ADI 595/ES. Julgamento 18 fev. 2002. Relator: Min Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 26 fev. 2002, PP-00021RTJVOL-00200-02 PP-010019. Disponível em: <http://stf.jus.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-595-es-stf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 631.533. Rel. Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Gável Golf and Country Club. Data do julgamento: 30 set. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 192, 28 nov. 2008, p. 116.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 18 reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2016.5.

JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3619/o-bloco-de-constitucionalidade-como-fator-determinante-para-a-expansao-dos-direitos-fundamentais-da-pessoa-humana>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MARSHALL, apud DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

\_\_\_\_\_; ALEXANDRINO, José de Melo. *As grandes decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Alexandrino-Jose-de-Melo-Grandes-decisoes-dos-Tribunais-Constitucionais-Europeus.pdf>. p. 25. Acesso em: 20 abr. 2017.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional nº 578/2014/ensino liberdade constituição religiosa*. Disponível em: <http://www.leideportugal.com/primeira-serie/ensino-liberdade-constituicao-religiosa-306347>. Acesso em: 20 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa. Sétima Revisão Constitucional* (2005). Lisboa: Assembleia República. Divisão de Edições, 2015. ISBN 978-972-556-646-6.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional Portugal*.

Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-orgaoconst.html>. Acesso em: 16 abr. 2017.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: Angelotti, 1994.

VASCONCELOS, Clever. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção as 10 +, v. 1). ISBN 978-85-02.13671-7.