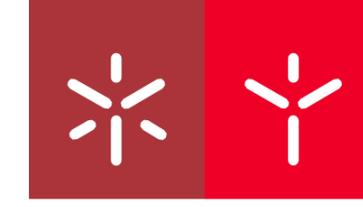


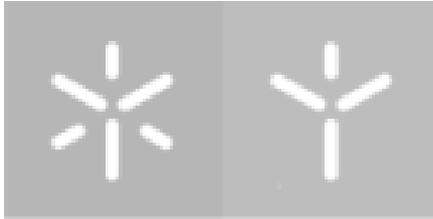


O controle concentrado da
constitucionalidade no Brasil e na União
Europeia: que justiça constitucional para os
sistemas de base federativa hoje?

Thiago Luiz Gesser Cesca

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho

Escola de Direito

Thiago Luiz Gesser Cesca

O controle concentrado da constitucionalidade no Brasil e na União Europeia: que justiça constitucional para os sistemas de base federativa hoje?

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito da União Europeia da Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal) e ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Joana Covelo de Abreu
e co-orientador
Professor Doutor Clóvis Demarchi

Outubro de 2020

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos. Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada. Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição CC BY

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Alguns momentos ocorrem para serem memoráveis. Entregar uma dissertação e finalizar um mestrado certamente é um deles. Tenho dúvidas se alguém consegue ultrapassar um momento destes sozinho, e principalmente, tenho dúvidas se valeria a pena todo este esforço e dedicação se não o fosse para fazê-lo em companhia daqueles que nos são caros.

Rendo infinito agradecimento à Deus e à Paulo, por terem me privilegiado e dado forças para alcançar este sonho, num mundo em que poucas pessoas têm esta oportunidade. Agradeço também aqueles que em momentos tristes e felizes permaneceram ao meu lado, quando eu já não tinha mais certeza que deveriam estar. Agradeço aos meus pais, que me deram apoio e carinho, seja doando uma parte de si – literalmente – seja suportando o desgaste das idas e vindas de um processo tão desafiador quanto a um mestrado. Obrigado a minha esposa, Luiza, que tem estado comigo nos últimos 17 anos, sendo minha sustentação e minha inspiração, dando objetivo e tornando minha vida plena para sempre! Um amor como este é pouco para apenas uma vida!

Obrigado também aos meus amigos. Em tempos de distanciamento como atualmente, a figura deles se torna tão gratificante quanto necessária para sentir a integralidade deste momento. É realmente gratificante olhar para o passado e ver que pude ter companhia de pessoas tão especiais, como o Jefferson, Alex, Ernandes (in memorian), Samuel e Rafael, além de ter sido agraciado com novas amizades, como a do Christian e do Vitor, sem esquecer de todos aqueles que estão sempre do nosso lado, tão felizes quanto nós por este resultado.

Um agradecimento especial às instituições e toda equipe da UNIVALI e da Uminho, que sempre deram todo o suporte necessário e, de modo especial aos meus orientadores, Professores Doutores Clóvis Demarchi e Joana Covelo de Abreu, que tiveram a paciência e a gentileza de me auxiliar no caminho até este momento.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

RESUMO

O Presente trabalho tem por **objeto** a contextualização dos mecanismos de controlo concentrado da constitucionalidade em sistemas de base federativa, partindo da análise empírica dos ordenamentos jurídico-constitucionais brasileiro e da União Europeia.

Desta forma, atentar-se-á, num primeiro momento e através de uma visão holística, ao ordenamento jurídico brasileiro e aos mecanismos de controlo abstrato e concreto da constitucionalidade em vigor, e, no mesmo diapasão, ao reenvio prejudicial e à ação por incumprimento no contexto da União Europeia, a fim de, num segundo momento, analisar os mecanismos que, em cada uma das ordens jurídicas, funcionam como um controlo concentrado de constitucionalidade. Tais incursões visam intuir se tais mecanismos são capazes de propiciar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais reconhecidos nas mencionadas ordens jurídicas.

Para o efeito, a reflexão conduz-se a partir do método **indutivo** através do qual se buscará examinar o instituto da ação por incumprimento no âmbito da União Europeia ao mesmo tempo em que se explanam os principais meios de fiscalização de constitucionalidade dispostos na Lei brasileira, procurando-se, ao final, delimitar os seus efeitos e os pontos de divergência ou convergência dos institutos.

Palavras-chave: Constituição; Direitos Fundamentais; Federação; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Ação por Incumprimento.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to contextualize the mechanisms of concentrated control of constitutionality in federally based systems, starting from the empirical analysis of the Brazilian and European Union legal-constitutional systems.

In this way, in a first moment and in an holistic approach, attention will be paid to the Brazilian legal system and to the mechanisms of abstract and concrete constitutional control in force, and, in the same tuning, validity preliminary ruling and infringement procedure in the context of the European Union, in order to, in a second moment, analyze the mechanisms that, in each of these legal orders, function as a concentrated constitutional control. Such incursions aim at understanding whether these mechanisms are capable of providing effective judicial protection of the fundamental rights recognized in the aforementioned legal orders.

For this purpose, the reflection is conducted based on the inductive method through which it will seek to examine the institute of action for non-compliance within the scope of the European Union, while explaining the main means of constitutionality inspection provided for in Brazilian law, seeking, in the end, to delimit its effects and the points of divergence or convergence of the institutes.

Keywords: Constitution; Fundamental rights; Federation; Direct Action of Unconstitutionality by Default; infringement procedure.

SUMÁRIO

RESUMO.....	VI
ABSTRACT	VII
Capítulo 1	15
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	15
1.1 CONSTITUCIONALISMO E A SUA EVOLUÇÃO DO JUSNATURALISMO AO INTERCONSTITUCIONALISMO	15
1.2 CONSTITUIÇÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS E CLASSIFICATÓRIOS.....	23
1.3 FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE: INFLUÊNCIAS DOS DIREITOS AMERICANO E EUROPEU	27
1.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	31
1.4.1 Controle de constitucionalidade difuso.....	34
1.4.2 Controle concentrado de constitucionalidade.....	36
1.4.3 Controle misto	38
1.5 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS SEUS EFEITOS.....	38
1.5.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica, por omissão e interventiva.	38
1.5.2 Ação declaratória de constitucionalidade.....	45
1.5.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental	46
1.5.4 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a sua aplicação no contexto atual.....	48
Capítulo 2	50
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.....	50

2.1 A UNIÃO EUROPEIA: ASPECTOS PRELIMINARES	50
2.2 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E SUA FUNÇÃO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	57
2.2.1 O reenvio prejudicial.....	64
2.3 A AÇÃO POR INCUMPRIMENTO COMO MÉTODO DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA PELOS ESTADOS-MEMBROS.....	67
2.3.1 Os efeitos da ação por incumprimento.....	72
Capítulo 3	76
O PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL EM SISTEMAS DE BASE FEDERATIVA E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	76
3.1 O SISTEMA DE BASE FEDERATIVA E AS CARACTERÍSTICAS A ELE INERENTES	76
3.1.1 O Estado federal brasileiro	82
3.1.2 A União Europeia: um novo conceito de sistema federativo	85
3.2 A TUTELA JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	88
3.2.1 Ações constitucionais como instrumento para proteção judicial dos direitos fundamentais... 92	
3.3 A SUFICIÊNCIA DOS MÉTODOS VIGENTES PARA A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA	101
3.3.1 As omissões legislativas e a (im)possibilidade de interferência judicial: Há solução?	102
3.3.2 Proteção efetiva dos direitos fundamentais quanto a omissões constitucionais e o papel da política na sua realização.	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIA ÀS FONTES CITADAS.....	119

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

ADIn ou ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ART. – Artigo

ARTS. – Artigos

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEE – Comunidade Econômica Europeia

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CRFB ou CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores

Ed. – Edição

HC – Habeas Corpus

MS – Mandado de Segurança

P. – Página

Pp. – Páginas

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do Título de Mestre em Direito da União Europeia, vinculado à Escola de Direito da Universidade do Minho – UMINHO, em regime de dupla titulação com a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para alcançar o Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – CPCJ.

O seu objetivo científico é discorrer acerca dos diferentes mecanismos de controle concentrado da constitucionalidade que se encontram presentes nos ordenamentos jurídicos brasileiros e da União Europeia.

E tal intento se faz pela tentativa de confirmar se os métodos vigentes para a fiscalização em abstrato da constitucionalidade garantem a dimensão jurídico-constitucional dos direitos fundamentais na esfera dos sistemas de base federativa.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

- a) Analisar os meios de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito da ordem jurídico-constitucional europeia
- b) Analisar os meios de controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro;
- c) Delimitar quais os meios existentes e os modos de acatamento dos direitos fundamentais no contexto da justiça constitucional dos sistemas de base federativa;
- d) Equacionar a suficiência dos mecanismos na percepção dos direitos fundamentais na atualidade.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com uma análise do controle de constitucionalidade no contexto direito brasileiro, abordando-se o conceito e evolução do constitucionalismo, desde o jusnaturalismo até à teoria da interconstitucionalidade. Após, por meio da conceituação de constituição em si, promove-se a diferenciação de suas principais classificações, até se adentrar propriamente na fiscalização de constitucionalidade, tomando por referência as influências das diversas construções constitucionais.

Ao final, apreciando-se o tema da presente dissertação, com a explanação da fiscalização de constitucionalidade no Brasil, descrevem-se os controles difuso, concentrado e misto e, num momento seguinte, focando nos efeitos do segundo modelo, dentro das ações previstas na legislação nacional, além da sua aplicação no contexto atual.

O Capítulo 2 trata da fiscalização de constitucionalidade no Direito da União Europeia, iniciando-se pela contextualização de seus aspectos histórico-políticos, com a análise do papel do Tribunal de Justiça da União Europeia na evolução do bloco.

Em seguida, faz-se uma explanação acerca das principais ações previstas no corpo legislativo do bloco, chegando-se ao foco primordial do tema, com a ação por incumprimento, dentro de sua condição de meio apto à realização do controle concentrado de constitucionalidade das normas que integram a ordem jurídica europeia e o seu âmbito de aplicação.

O Capítulo 3 dedica-se ao aprofundamento do conceito de direito constitucional dentro do sistema de governo de base federativa e o que isso traz de garantia ao cumprimento dos direitos fundamentais, primeiramente descrevendo-se as características do referido sistema e, a seguir, as ações indicadas para a proteção judicial destes direitos.

Por fim, analisa-se a suficiência dos métodos vigentes para a fiscalização concentrada da constitucionalidade por omissão no Brasil e na União Europeia, trazendo-se à discussão a problemática da possibilidade de intervenção judicial quando ocorrem omissões legislativas e o papel da política na proteção contra estas omissões.

A presente pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o controle concentrado de constitucionalidade nos contextos brasileiro e europeu, bem como se aventam putativos caminhos para torná-los sempre mais eficientes em seus efeitos práticos, dentro da evolução sócio-política de cada região.

Neste ponto, percebe-se, ainda que numa análise inicial, que ambos os ordenamentos jurídicos possuem propostas diversas, assim como tanto um quanto outro meio de fiscalização concentrada de constitucionalidade possuem distintas formas e alcançam igualmente diferentes fins práticos, mas possuem similaridades principalmente no que se refere ao que se propõe quanto à garantia de cumprimento dos direitos fundamentais que deveriam ser reconhecidos no texto constitucional.

Por fim, registra-se, quanto à metodologia empregada, que, na fase de investigação¹, foi utilizado o método indutivo², na fase de tratamento de dados o método cartesiano³, enquanto as considerações finais são compostos na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente⁴, da categoria⁵, do conceito operacional⁶ e da pesquisa bibliográfica⁷.

¹ “(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido (...)” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

² “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁴ “(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

⁵ “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

⁶ “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

Capítulo 1

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 CONSTITUCIONALISMO E A SUA EVOLUÇÃO DO JUSNATURALISMO AO INTERCONSTITUCIONALISMO

O produto legislativo finalístico do Direito Constitucional, conforme Gomes Canotilho⁸, é a própria Constituição, elaborada para exercer a dupla função de garantidora do existente e programadora ou linha de direção para o futuro.

Todavia, ainda que a ideia de uma Lei maior advenha desde o conceito criado com o Código de Hamurabi, no século XVIII a.C., a origem do constitucionalismo fica mais evidente no século XVIII d.C., com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, onde se definiu de forma mais precisa a organização e a limitação Estatal e os importantes passos para os direitos e garantias fundamentais se tornaram expressos⁹.

Segundo Jorge Miranda:¹⁰

[...] o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as *Fundamental orders of Connecticut* de 1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados.

Os “códigos” anteriores previam, dentre outros direitos e deveres de várias espécies, normas básicas sobre o modo de governo, normalmente em evidente pressão contrária ao interesse do governo absolutista vigente.

Na idade média, por exemplo, o mais relevante pacto deste período foi a *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, outorgada pelo Rei João da Inglaterra, na qual este acabou

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 151.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 25.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1. p. 138.

por limitar o seu próprio poder estatal, onde ficaram reconhecidos direitos como o *habeas corpus*, a limitação do direito de tributar, o direito de petição, a instituição do júri, o devido processo legal, o princípio do livre acesso à justiça, a liberdade de religião, a aplicação proporcional das penas, o direito de propriedade, entre outros¹¹.

No seguimento, se destacou historicamente o Constitucionalismo Inglês, o qual consagra o Princípio do *Rule of Law*, com o surgimento da *Petition of Right*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, da *Bill of Rights*, de 1689 e da *Act of Settlement*, de 1701, que sobremaneira influenciou na posterior edição das citadas Constituições Americana e Francesa do Século XVIII¹².

Este movimento constitucionalista sempre teve como objetivo primordial a limitação do poder baseado num regime absolutista e jusnaturalista¹³, subjugando-o por meio de uma Lei com igual força, na qual o povo seria titular não apenas de deveres e direitos, mas participando ativamente nesta atividade legislativa, inspirados pelas ideias dos pensadores e filósofos da época, como John Locke, Jean Jacques Rousseau, entre outros, que se baseavam no desenvolvimento do racionalismo em contraposição ao absolutismo e aos dogmas da Igreja Católica, que dominaram por séculos a população¹⁴.

A evolução do Constitucionalismo, por sua vez, está intimamente ligada à evolução do próprio Estado que, conforme ensina Pontes de Miranda¹⁵, passou a ter a configuração contemporânea apenas após o Século XV, em virtude de sua estruturação, e que define Estado como “o conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si”, pois salienta que “desde que cesse qualquer possibilidade de relações de tal espécie, o Estado desaparece. Desde que surja, o Estado nasce”.

¹¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 918.

¹² PASOLD, Cesar Luis. GONÇALVES, Sandra Krieger. A importância de fatos histórico-sociais para o reconhecimento e desenvolvimento dos Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos. Janeiro-abril 2015. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/download/rechtd.2015.71.04/4545> Acesso em 25 nov. 2019.

¹³ “O Jusnaturalismo é uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (ius naturale), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo)” BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992. p. 655.

¹⁴ SILVA NETO, Otacilio Gomes da. **Cristianismo e política na concepção de Rousseau: o conflito entre o ser e o parecer no século das luzes**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Paraíba, 2017.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 194, v. I, p. 39.

Neste contexto, destacam-se as palavras de Norberto Bobbio¹⁶:

A história da doutrina do primado do governo das leis conclui-se e completa-se, ainda que através de duas rupturas revolucionárias, a primeira no século XVII na Inglaterra, a segunda no século XVIII na França, com o moderno constitucionalismo, através do qual também o poder dos governantes é regulado, como aquele dos cidadãos, pelo direito natural, ou então por pactos, como o *pactum subiectionis*, formalmente entre iguais, mas substancialmente entre desiguais, através da promulgação de constituições escritas dotadas de força de leis fundamentais e garantidas também por órgãos delegados que tem sua observância controlada pelo poder legislativo.

Por isso deve-se entender o Constitucionalismo como um movimento iminente político, quando tem por objetivo a modificação da atuação governamental, bem como se pode reputar como detendo um papel social e econômico, já que historicamente tinha como grande apoiante a classe burguesa, com interesses contrários aos da nobreza e do clero, mas que esbarravam em impedimentos ao comércio e à aquisição de patrimônio próprio e buscavam fazê-los por meio de uma Lei superior que reduzisse a interferência estatal.

Mas este Estado de Direito nasce com o Constitucionalismo liberal, já no início do século XIX, se destacando a Constituição de Cádiz, de 19 de março de 1812, a 1ª Constituição Portuguesa, de 23 de setembro de 1822, a 1ª Constituição Brasileira, de 25 de março de 1824 e a Constituição Belga, de 7 de fevereiro de 1831, que mais tarde passou a sofrer resistência pelos movimentos de trabalhadores, embasados, sobretudo, no manifesto comunista de Karl Marx, publicado em 21 de fevereiro de 1848, sendo substituído por um Estado Social de Direito¹⁷.

Desta forma, estes Estados de Direito, sobretudo após o fim da 1ª Grande Guerra, passam a prever em suas Constituições os direitos econômicos e sociais, num movimento natural de elaboração das normas num contexto político-social, afastando a atividade legislativa do tradicional conceito meramente político, no qual além da própria organização, percebe-se um maior envolvimento nas relações das pessoas e ordenação social local, evoluindo-se assim para

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Política e direito. In: BOVERO, Michelangelo (org.). **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 249.

¹⁷ GUEDES, Marco Aurelio Peri. **Transmigração constitucional, Constituições de transição e pós-legitimação democrática, no diálogo constitucional ibero-americano (Portugal e Chile)**. Tese de Doutorado. Universidade Estácio de Sá, 2018.

o que Alexandre de Moraes chama de “Estado Constitucional de Direito”, pois “é mais do que o Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder. Assim, existirá o *Estado de Direito* onde houver a supremacia da legalidade, ou para o direito inglês a *The Rule of Law*, para o direito francês o *État Legal*, para o direito alemão o *Rechtsstaat*, ou ainda, a *always under law* do direito norte americano”¹⁸.

Jorge Miranda¹⁹ define este Direito Constitucional como

a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.

No mesmo contexto, define Gomes Canotilho que:

este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais; (c) a constituição deve ser escrita (documento escrito)²⁰.

Mas não apenas em sua forma clássica, o Direito Constitucional passa por uma nova adaptação, agora num contexto transnacional do mundo, numa visão mais contemporânea, baseada em muito na recente doutrina de Marcelo Neves, em que se busca um modelo de articulação política global do ordenamento jurídico.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 27.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 1. p. 13.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 151.

Neste contexto, o autor afirma que a diminuição da capacidade regulatória do Estado com a atualização do modelo de problemática global relaciona-se, paradoxalmente, com um incremento das tarefas que se apresentam ao Estado em face dos novos desafios da sociedade mundial, impondo-se a necessidade de se analisar tais emergências como sistemas globais, com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, leve em conta que o Estado ainda é o foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial²¹.

Deste modo, o Direito Constitucional impõe uma nova abordagem, em sentido mais amplo, permitindo que seja concebido de modo a atingir os anseios do novo modo de sociedade e política em que vivemos, compreendendo-se como uma articulação entre o direito doméstico e as fontes de direito internacional enquanto meios para a compreensão das novas experiências estrangeiras enquanto interlocutoras às tradições jurídicas nacionais²².

Portanto, vê-se que o conceito de constitucionalismo historicamente sempre acompanhou a evolução do próprio Estado, seja desde as suas fases mais antigas, num anseio das classes com poder suficiente a pressionar a nobreza a limitar o seu próprio poder, seja numa fase moderna, quando o termo constitucionalismo passa a ter uma definição mais clara, desde o século XV ao século XVIII, pelas constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América em 1787 e da França em 1791²³.

Mais recentemente, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial, surge então uma fase neoconstitucionalista, onde se fazia necessária uma interpretação diferente da Constituição, numa transição do teórico-filosófico do Estado Legislativo de Direito, acompanhando o modelo inglês para um momento de enfoque no interesse popular com o Estado Constitucional de Direito, visualizado, sobretudo pelo modelo americano, e que mais tarde viabilizou a implantação de um Estado Democrático Social de Direito, com ênfase nas concretizações das determinações constitucionais²⁴.

²¹ NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 09/24.

²² JACKSON, Vicki. **Constitutional engagement in a transnational era**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 25

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX**. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/35777/25701> Acesso em: 25 nov. 2019

Contemporaneamente, a visão estatal sobre seus problemas ultrapassou os limites territoriais internos, eis que a globalização das relações públicas e privadas às tornou internacionais. Assim, surgiram várias teorias que buscaram fornecer meios para melhor adaptação dos sistemas jurídicos a este novo contexto de relações que se formaram.

No Brasil, Marcelo Neves²⁵ apresentou o que chamou de uma “relação transversal permanente” entre as distintas ordens jurídicas em torno de resoluções constitucionais, o que, conseqüentemente, afastaria o próprio Estado das questões transnacionais, as quais perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas e que podem envolver tribunais estaduais, internacionais ou com impacto transnacional na busca de sua solução.

O autor continua, afirmando que o conceito de transconstitucionalismo não tem nada a ver com o conceito de constitucionalismo internacional ou transnacional, impondo-se um diálogo entre estas distintas ordens jurídicas a fim de que os problemas que lhes são comuns tenham um tratamento harmonioso e reciprocamente adequado²⁶.

Mas Marcelo Neves lembra que o transconstitucionalismo não toma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como pode de partida ou *última ratio*, rejeitando “tanto o estatalismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais.. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, pra promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo”²⁷.

Assim, num contexto diferente do transconstitucionalismo, que busca uma relação de complementariedade entre determinadas ordens jurídicas, por meio de um entrelaçamento das estruturas normativas dos órgãos transnacionais com os Tribunais internos²⁸, Gomes Canotilho traz, na obra “Brançosos e a Interconstitucionalidade”, o conceito da chamada interconstitucionalidade, ou constitucionalidade multinível (em razão da tradução do termo em

²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

²⁶ NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais**: transconstitucionalismo além de colisões. São Paulo: Revista Lua Nova. n.º 93, set./dez. de 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>. Acesso em: 30 nov. 2019.

²⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 8/10

²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 118/119.

inglês “multilevel constitutionalism”), que pretende a convivência de normas constitucionais de fontes distintas dentro de um espaço político mais abrangente²⁹.

Alessandra Silveira explica que a teoria da interconstitucionalidade encontra-se numa dimensão que chama em “rede”, como parece suceder na União Europeia. Assim:

[...] foi concebida pela doutrina portuguesa para enfrentar o intrincado problema i) da articulação entre normas constitucionais de distintas fontes e ii) da afirmação de poderes constituintes e legitimidades diversas na União Europeia. Ou seja, a teoria da interconstitucionalidade surgiu para captar o fenómeno i) da pluralidade de fontes constitucionais (e reivindicações de autoridade constitucional) e ii) das tentativas judiciais de as acomodar num contexto jurídicoconstitucional não hierarquicamente estruturado – como é aquele da União Europeia³⁰.

Este conceito de interconstitucionalidade, trazido inicialmente por Francisco Lucas Pires³¹, foi moldado numa ideia de fusão dos conceitos jurídicos comuns, como os direitos fundamentais, a separação de poderes e inclusive o controle da constitucionalidade, porém também pode ser analisada no processo de integração do bloco³².

Ademais, a teoria se baseia na necessidade de interação reflexiva entre normas constitucionais de fontes diversas e anseios que convivem num espaço político comum, o que implica esta atuação “em rede”, e, portanto sem hierarquia, de seus Estados-Membros para solucionar as questões constitucionais e de direitos fundamentais na medida em que os problemas surgem como comuns³³ ao bloco em causa.

Em arremate, afirma Gomes Canotilho:

²⁹ SILVEIRA, Alessandra. Prefácio: sobre a proteção de direitos humanos/fundamentais em rede. In: RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. **Sistema interamericano de direitos humanos**: a efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade. Maringá, PR: Vivens, 2015. (e-book). Disponível em: <http://www.humanitasvivens.com.br/livro.php?id=285>. Acesso em: 27 jul. 2020.

³⁰ SILVEIRA, Alessandra. Apresentação. In: SILVEIRA, Alessandra; PEREZ, Sophie; MARQUES, Sérgio Maia Tavares (coord). **Interconstitucionalidade**: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas Vol. I (e-book). Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/54595> Acesso em: 27 jul. 2020.

³¹ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997.

³² COELHO, Larissa Araújo, A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo. In: SILVEIRA, Alessandra; PEREZ, Sophie; MARQUES, Sérgio Maia Tavares (coord). **Interconstitucionalidade**: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas Vol. I (e-book). Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/54595> Acesso em: 29 jul. 2020.

³³ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto (eds). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global**, LAECC, Uberlândia/Brasil, 2015.

Neste contexto, mantêm-se as pretensões de direção do Estado. Mas, com uma grande diferença: em vez do velho “estado heroico”, hierarquicamente intervencionista, deve erguer-se o “Estado pós-heróico” – o Estado supervisor – que, através de uma direção contextualizada (ou seja, através de uma autovinculação), proporciona, mas não determina, as convenções-quadro para a prossecução do bem comum³⁴.

Neste sentido, também, Alessandra Silveira:

Ou seja, a interconstitucionalidade exige a disponibilidade para adotar o ponto de vista do outro – e deixar-se afetar e motivar por razões aceitáveis por todos. Neste sentido, busca arrimo na proposta filosófica da intersubjetividade, segundo a qual a racionalidade não depende diretamente do sujeito, mas sim do confronto discursivo com as posições dos outros, num exercício que conduz ao que Piaget entendia por descentração progressiva da compreensão egocêntrica e etnocêntrica que cada qual tem de si mesmo e do mundo. Segundo Habermas, não há como desenvolver a conceção de subjetividade independentemente das suas relações com a intersubjetividade, sendo ambas noções complementares³⁵.

Portanto, verifica-se que a interconstitucionalidade permite a manutenção da identidade dos Estados-Membros, que deixam de possuir apenas Constituições próprias, mas passam a agir e a se basear num sistema mais complexo, com espaço para o pluralismo de intérpretes, aberto e racionalmente crítico³⁶, sendo uma influência e alternativa aos efeitos extraterritoriais das relações estatais, como se verá à frente, por referência à organização multinível da União Europeia³⁷.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008. pp. 147/148

³⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto (eds). *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, LAECC, Uberlândia/Brasil, 2015.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 279

³⁷ SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia**: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo). In: SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Quid juris: Lisboa, 2010, pp. 9/10.

1.2 CONSTITUIÇÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS E CLASSIFICATÓRIOS

Nas palavras de Jorge Miranda³⁸ a constitucionalidade é "a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido".

Da mesma forma, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco³⁹ afirmam que "a Constituição emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais", demonstrando-se a sua emergente importância para a solução dos conflitos que se analisarão à frente.

Tanto é clara esta noção que Konrad Hesse⁴⁰ define a Constituição como "o procedimento com que se hão de superar os conflitos que surjam dentro da comunidade".

Cabe ressaltar, inclusive, que os conceitos relativos às constituições têm passado por reformas e ressignificações no mesmo limiar das modificações das próprias Cartas Magnas, na medida em que as ideias e interesses mudam conforme os resultados a que se relacionam e que, de outro lado, a técnica legislativa varia dependendo do objeto final buscado.

Estas conceituações têm suma importância para se chegar a um entendimento do modo de pensar do legislador à sua época, bem como os interesses pretendidos com o texto constitucional que inicialmente se buscava implementar naquele contexto político-social no qual se vivia e que, certamente, tem grandes disparidades com outras realidades próximas.

Face a este contexto, observa-se que as classificações das constituições determinam o modo como se vê o objetivo lançado naquele contexto constitucional, bem como qual a importância que esta ordem jurídica dá a determinados pontos o que, como se verá, influencia o modo que se altera e de que modo se promove a fiscalização de conformidade que a mesma demanda.

Um importante exemplo é a constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, dentro de sua evolução político-histórica, teve várias modificações; todavia, entre outras possíveis subdivisões classificatórias, pode-se afirmar que é formal, escrita, dogmática, rígida (ou

³⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. p. 273-274.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 53.

⁴⁰ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida et al., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

superrígida), dirigente, normativa e promulgada, demonstrando a determinação em se criar uma norma fundamental que garanta a observância de todos os direitos do Estado e da população.

O conceito material de Constituição que o constitucionalismo moderno apresenta não tem como preceito basilar apenas a absorção para si do Poder estatal, mas também de pacificação social e política por meio da integração nacional e a chamada "justiça social".

Como aponta Konrad Hesse⁴¹, a Constituição, no seu sentido material, advém de uma "compensação entre diferentes opiniões, interesses e aspirações, como a resolução e regulação de conflitos, converteram-se em tarefa arquetípica e condição de existência do Estado".

Ou seja, a Constituição se tornou o ponto de afirmação normativa dos aspectos essenciais da convivência pessoal e social, extrapolando a noção de delimitadora dos poderes públicos.

Já em seu sentido formal, a Constituição é:

A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas⁴².

Ademais, as diferenças entre uma Constituição material ou formal ultrapassam bastante a ideia fechada de uma classificação, pois os textos normativos modernos acabam abrangendo em si ambos os contextos, pois há certos temas que são típicos de uma Constituição, mas encontram-se dispostos em normas com titulações diversas, tal como se intui pelo contexto constitucional da União Europeia.

A fixação dos assuntos que compõem o texto constitucional é o que se classificaria como Constituição material e ou normas materialmente constitucionais.

⁴¹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. p. 4.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 56.

Por um contexto diverso, as Constituições são divididas entre escritas, ou seja, aquelas em que o texto legal se encontra codificado em uma Carta com este fim específico e se relaciona, inclusive, com a visão de fundamentalidade daquele documento em relação aos demais.

Em outra análise, as Constituições podem ser não escritas, como a Constituição Inglesa, que, nas palavras de Jorge Miranda:

Diz-se muitas vezes que a Constituição inglesa é uma Constituição não escrita (*unwritten Constitution*). Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos assentes na organização social e política dos Britânicos⁴³.

Deste ponto se retira também que há uma Constituição dogmática quando elaborada por meio de um documento escrito e sistematizado, feito por um órgão constituinte criado com este fim e realizado a partir dos princípios fundamentais determinados. Em via contrária, enquanto uma Constituição histórica se baseia nas tradições legais do Direito local, como ocorre nas Constituições não escritas.

Num outro vértice, as Constituições podem ser rígidas, semirrígidas ou flexíveis. Neste contexto, a chamada rigidez ou flexibilidade de uma Constituição se dá perante o grau de formalidade do procedimento requerido para a mudança da Carta Maior, de modo a permitir uma maior ou menor estabilidade das normas constitucionais. Numa Constituição rígida, por exemplo, a existência de um procedimento específico, solene, dificultoso, exigente de maiorias parlamentares elevadas, para que se vejam alteradas pelo poder constituinte de reforma. Já para uma Carta considerada flexível, exige-se um procedimento legislativo comum, sem condições especiais para a modificação do texto.

No que se refere à rigidez, destaca-se que tal contexto se liga intimamente ao já apontado escalonamento normativo e à vinculação normativa, que tornam a Constituição rígida com menos alterações e, conseqüentemente, com um tratamento diferente de uma norma que

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 1. p. 126.

possui maior facilidade de alterações, conforme o interesse momentâneo. É o que explicam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco⁴⁴:

A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o status hierárquico máximo da Constituição no conjunto das normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição, dispendo em sentido divergente do que o constituinte estatuiu. Se a Constituição pode sofrer transformações pela mesma maneira como se elaboram as demais leis, não se assegura a supremacia da Carta sobre o legislador ordinário. A rigidez distingue o poder constituinte dos poderes constituídos e positiva uma hierarquia entre as normas jurídicas, em que a Constituição aparece como o conjunto de normas matrizes do ordenamento jurídico, em posição de prevalência sobre todos os atos normativos que não de nela encontrar fundamento último. A rigidez, expressando a supremacia da Constituição, demanda, também, a instituição de um sistema de controle de validade dos atos praticados pelos poderes constituídos, em face das normas do Texto constitucional. A rigidez, para ser efetiva, requer um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como garantia eficaz da suprallegalidade das normas constitucionais.

No que se refere à sua estrutura, as Constituições podem ser também estatutárias ou dirigentes, na qual uma procura concentrar seu texto em aspectos estruturais do Poder, enquanto a outra também define políticas sociais e econômicas dentre os programas de ação governamental, como é o caso das normas abordadas nesta dissertação.

Karl Loewenstein⁴⁵ propõe uma divisão ontológica das Constituições, como normativa, nominal ou semântica, na medida da possibilidade de entendimento do legislador e da população quanto à sua aplicação prática. As constituições normativas são as que são lealmente cumpridas por todos os interessados, limitando-se o poder. As constituições nominais são formalmente válidas, mas ainda não tiveram alguns dos seus preceitos realmente aplicados. Por

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 61.

⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979. p. 16.

fim, a Constituição semântica formaliza o poder de seu detentor, porém não consegue efetivamente limitá-lo, ou nas palavras do autor, ainda que seja "uma adesão de boca aos princípios do constitucionalismo".

Também se classifica a Constituição através da sua origem. Nas promulgadas ou democráticas houve participação popular na sua elaboração, normalmente por representação, a chamada "constituente", o que não ocorre nas constituições outorgadas. Não obstante, há historicamente casos em que ocorrem as chamadas constituições "cesaristas", que nada mais são do que aquelas que após outorgadas, dependem da ratificação popular por meio de referendo⁴⁶.

Destarte, de modo a garantir o atendimento dos pressupostos de garantia da segurança jurídica da norma maior e, sobretudo, para proteger os direitos fundamentais nela dispostos, é necessário que haja formas de regulação do conteúdo do ordenamento jurídico vigente.

1.3 FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE: INFLUÊNCIAS DOS DIREITOS AMERICANO E EUROPEU

Neste ponto, necessário é se fazer um pequeno aparte para se dedicar ao modo em que nasceram os modelos de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.

A história da evolução político-doutrinária dos ordenamentos jurídicos voltados à supremacia da Constituição revela a existência de três grandes modelos de controle da constitucionalidade, quais sejam o francês, o norte americano e o austríaco.

No que se refere ao primeiro destaque, Jorge Miranda⁴⁷ afirma que se trata de um "modelo de fiscalização política, que, algo impropriamente, pode denominar-se francês (por remontar à 'juria constitucional' de Siyès e ao Senado Conservador napoleônico e hoje se traduzir no Conselho Constitucional da Constituição de 1958 e que pode também entender-se ser o que prevalece de harmonia com uma concepção jurídica diversa, nas Constituições marxista-leninistas, exceto na Iugoslávia) – ou de fiscalização por órgão político, ainda quando adota processo jurisdicionalizado, e fiscalização necessariamente concentrada, sejam preventiva ou *a posteriori*".

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 30.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 2. p. 320-322.

Deste modo, o modelo francês nasceu para garantir a existência de um controle jurisdicional da constitucionalidade das Leis de garantias à democracia após a 2ª Guerra mundial, se constituindo de Tribunais Constitucionais iminentemente políticos que agiam em complementaridade entre os Poderes Legislativo e Executivo, analisando a constitucionalidade dos atos destes, antes de sua promulgação⁴⁸.

Noutro lado do globo, os Estados Unidos, já naquele período histórico, possuíam diversa organização dos seus Poderes, de modo que eram mais equilibrados do que as forças monárquicas e posteriormente políticas que buscavam certa hegemonia para si⁴⁹.

Assim, viu-se a necessidade de seguir um procedimento mais bem elaborado, que dificultasse as mudanças da Constituição e referenciasse o poder constituinte originário, afirmando sobremaneira o conceito de supremacia da Constituição, para a fixação do máximo valor jurídico dos textos constitucionais e para a compreensão do controle jurisdicional de constitucionalidade como mecanismo inerente a essas características da Constituição.

Alessandra Silveira lembra que a fiscalização de constitucionalidade surge como meio de estabilização do sistema federativo norte-americano, recaindo sobre o exercício das competências e relações estabelecidas entre a União e os Estados federados, de maneira a garantir a solução de conflitos entre os níveis do governo⁵⁰.

Como afirma Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco⁵¹, o reconhecimento de que a Constituição é norma jurídica aplicável à solução de pendências foi decisivo para que se formasse a doutrina *do judicial review*, pela qual o Judiciário se habilita a declarar não aplicáveis normas contraditórias com a Constituição. O constitucionalismo moderno ganhava assim um de seus elementos mais característicos, com antecipação ao que veio a ocorrer, bem mais tarde, na Europa.

O caso mais emblemático certamente é aquele conhecido como “Marbury v. Madison”, de 1803, no qual o *Chief Justice* da Corte Suprema John Marshall confirma a tese de

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 521.

⁴⁹ GARCIA, Ana Saggiaro. Hegemonia e imperialismo: caracterizações da ordem mundial capitalista após a Segunda Guerra Mundial. *Revista Contexto Internacional*. vol.32 no.1 Rio de Janeiro Jan./Jun 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-85292010000100005> Acesso em: 25 nov. 2019.

⁵⁰ SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia**: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo). In: SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Quid juris: Lisboa, 2010, p. 19.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 47

superioridade da Constituição e que, por outra via, é do Poder Judiciário a responsabilidade de analisar o conflito entre diplomas legais com o texto Magno, desprezando aquele para garantir a aplicação integral deste, anulando eventuais atos que tiverem ocorrido em desconformidade com esta premissa⁵².

Neste contexto, enquanto os ingleses entendiam que o Parlamento é um órgão soberano, ao passo que representava a maioria da população e, assim, não era passível de uma limitação externa, o direito norte americano apresentou ao mundo a ideia de que o Poder Judiciário deveria ter competência livre para interpretar as Leis, respeitando o fato de que a Constituição seria superior às demais normas.

Portanto, o sistema americano, por seu turno, diverge do modelo europeu, voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo, garantindo que qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder/dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.

Tal modelo europeu sobreveio em 1920, a Constituição austríaca (e por isto recebeu este nome) e com grande influência de Hans Kelsen⁵³, criou, de forma inédita, um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais⁵⁴.

Diferente do modelo Francês, que possui tão somente um Conselho Constitucional com o fim de fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas, as cortes Constitucionais formadas em razão do controle chamado austríaco subsistem meios e ações especificamente com o fim de realizar este controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de órgão incumbido da provocação⁵⁵.

Tal aspecto acaba por mitigar a separação entre os dois sistemas básicos de controle, posteriormente, “pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português,

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 524.

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p.521.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1271

competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”⁵⁶.

Como afirma Alexandre de Moraes⁵⁷, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais, sendo este o principal contraponto ao *Judicial Review* do modelo americano.

No Brasil, o controle de constitucionalidade esteve presente nas Constituições a partir daquela de 1891, com influência do sistema americano, mas o controle austríaco foi instituído apenas na Constituição de 1946, ainda que por meio de emenda constitucional.

Neste interim, conforme o Estado brasileiro ia se formando, também os contextos sistemáticos das Constituições promulgadas naquele período sofriam as alterações conforme a atividade legislativa ia se formando no “novo” contexto de liberdade.

Todavia, cabe destacar que a fiscalização de constitucionalidade no contexto brasileiro sofreu muitas alterações em razão da atividade política então vigente, sobretudo se verificado que as inclusões nos textos constitucionais foram sendo realizadas em conformidade com os conceitos doutrinários advindos de outros países.

Enquanto a Constituição de 1824, ainda na fase imperial, sequer previa a fiscalização de constitucionalidade, em razão de forte influência do direito europeu – primariamente França e Inglaterra – a Carta magna de 1891 foi elaborada por Ruy Barbosa e inspirada no Direito norte americano.

Noutro norte, a Constituição de 1934 foi resultado de um contexto pós Revolução Constitucionalista de 1932, e a de 1937 pelo regime do “Estado Novo”, sendo que a primeira influenciou claramente a Carta Magna de 1946 e a segunda as de 1967 e 1969.

Foi apenas na última Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que definitivamente o controle de constitucionalidade adotou o chamado regime misto de controle (fiscalização difusa e em abstrato), assim como a maioria dos demais remédios constitucionais utilizados na atualidade.

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 115-119.

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 531

Neste contexto, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco⁵⁸ explicam que a amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Não só a notória superação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na via incidental, exigiam reforma radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade nacional.

É certo que, diferentemente da União Europeia, o modelo adotado para a fiscalização de constitucionalidade no Direito do Brasil advém de uma noção clássica de constituição, esta enquanto norma escrita e máxima do Estado Federal.

1.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Partindo-se da premissa de que a Constituição tem como objetivos primordiais, os modos de organização estatal e social, além dos princípios e direitos fundamentais que garantem a ordem jurídica local, baseado em que haverá a vinculação dos seus preceitos?

Alexandre de Moraes⁵⁹ discorre acerca da necessidade da visualização de um escalonamento normativo como pressuposto básico à supremacia constitucional, eis que o seu conteúdo impõe que o texto ocupe o seu lugar no sistema normativo local, dentro das legislações produzidas pelo Poder Legislativo, de função ordinária, que em nenhuma hipótese pode ter poder modificante ou supressivo àquela.

Da mesma forma, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco⁶⁰ afirmam que a criação de garantias de que haverá uma sanção à violação da Carta Magna é que a torna efetivamente obrigatória, pois não impondo apenas uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato, pois, de fato, isso não o retira do ordenamento jurídico.

A resposta está, portanto na criação de um órgão com poderes tais de zelar pela subjugação do que for incompatível com a Constituição, garantindo a sua supremacia e à rigidez constitucional.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1390.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 721

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1043.

Este órgão de controle pode ser político, jurisdicional ou misto. No primeiro caso, está diante de um Tribunal Constitucional político com este específico fim, que acima se definiu como “modelo francês”. Já o segundo, adotado no Brasil, é aquele em que o controle é feito pelo Poder Judiciário.

Em outro paradigma, em relação ao momento de realização deste controle, ou seja, o quando do ingresso desta norma no ordenamento jurídico, poderá ser preventivo ou repressivo (também chamado sucessivo), como muito bem finaliza Alexandre de Moraes⁶¹:

Assim, enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca de ele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

Fora isso, a inconstitucionalidade pode ser classificada como formal ou material; originária ou superveniente; por ação ou por omissão, entre outras.

Neste contexto, a inobservância dos preceitos constitucionais vigentes durante o processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da norma que se pretende produzir produzido.

Os vícios formais se referem ao ato normativo em si, sem referência ao seu conteúdo, como quanto aos pressupostos legais para a sua edição. Já os vícios materiais, em contrapartida, se referem ao conteúdo do ato normativo, ou seja, um conflito com os ditames constitucionais vigentes, ou com os excessos legislativos ou de cumprimento da norma⁶².

A inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente serão verificadas pelo momento da edição das normas constitucionais. Assim, a análise das diferentes classificações se dá pela intertemporalidade do Direito, na medida em que a distinção entre

⁶¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 725

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. p.1252

inconstitucionalidade originária e superveniente se refere ao sistema adotado, podendo entender-se que a superveniência de norma constitucional importa na derrogação do direito anterior com ela incompatível⁶³.

A inconstitucionalidade por ação é o resultado da análise de uma norma em desconformidade com uma Constituição. Conforme Hans Kelsen⁶⁴ a garantia jurisdicional da Constituição constitui elemento do sistema de medidas técnicas cujo objetivo é assegurar o exercício regular das funções estatais, as quais possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos jurídicos. São eles atos de criação de normas jurídicas ou atos de execução de Direito já criado, ou seja, de normas jurídicas já estatuídas.

No mesmo sentido, pontua Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco⁶⁵ que “se do afazer legislativo resulta uma norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição”.

Noutra via, o reconhecimento da inconstitucionalidade normativa por omissão se vislumbra o descumprimento do dever constitucional de legislar, que resulta do não atendimento pelo legislador dos comandos explícitos da Lei Magna. Assim, a omissão, seja total ou parcial, se refere à inobservância do texto Constitucional na elaboração de Leis infraconstitucionais.

Ressalta-se, por fim, que o legislador constituinte comumente preveja expressamente nas Constituições as chamadas “Cláusulas Pétreas”, como na Constituição brasileira de 1988, que, em seu artigo 60, §4^o⁶⁶, define pontos que não poderão ser objeto de emenda.

Estas cláusulas são, em resumo, o meio encontrado pelo legislador constituinte para garantir a integridade ideológica do ordenamento jurídico buscado com aquele texto constitucional, na medida em que impede que determinada alteração legislativa altere aos conceitos básicos ali previstos, se revelando como um verdadeiro limitador na atividade legislativa.

⁶³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 2. p. 296-297.

⁶⁴ KELSEN, Hans, **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1265.

⁶⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

Os meios autorizados para o controle de constitucionalidade de um determinado País dependem dos modelos e sistemas localmente abordados. Todavia, são idênticos no seu objetivo primordial, que é a eliminação de seu ordenamento jurídico de normas que são incompatíveis com a sua Constituição.

No direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle jurídico de constitucionalidade sucessivo, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle das Leis ou dos atos normativos, já editados, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna⁶⁷.

Assim, o controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional será do tipo difuso, incidental ou concreto (chamado de americano), concentrado ou abstrato (também conhecido como austríaco) ou misto.

1.4.1 Controle de constitucionalidade difuso

Como apontado no título anterior, o controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a Lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional, de maneira que tem por objetivo não a análise de situações iminentemente subjetivas, mas busca, por meio de um procedimento específico, equilibrar o interesse público então tutelado⁶⁸.

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura o “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica”⁶⁹.

Neste contexto, a fiscalização difusa tem lugar no curso de um processo judicial e tem por objetivo se afirmar a constitucionalidade de norma que se pretende aplicar ou combater e tem efeitos apenas no caso em debate, ao ponto que a decisão ali proferida não tem efeitos perante terceiros.

Portanto, não se busca uma solução ao objeto principal do litígio, mas a declaração quanto a um ponto prévio à solução da lide. Logo, o que é outorgado ao interessado é obter a

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1242.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1244.

⁶⁹ BUZAID, Alfredo. “Juicio de amparo” e mandado de segurança. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, v. 5, jan./jun. 1962. p. 69.

declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato entendido como em desacordo com a Constituição. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua vigência em relação a terceiros⁷⁰.

Desta feita, esta decisão judicial vai acabar por não dar solução ao litígio em si, tampouco ao objeto principal da lide, mas apenas irá afastar – ou garantir – a vigência da norma declarada inconstitucional.

No que se refere ao *quórum* para a apreciação do pedido, ainda que a decisão seja irrecurável, a rejeição ou acolhimento da suscitação deverá seguir os ditames dos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil/2015⁷¹, respeitada a necessidade de respeito à chamada reserva de plenário, em que é necessário o voto de maioria absoluta na decisão do órgão especial ou tribunal pleno.

Para firmar este entendimento, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 10⁷², segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”, entendendo-se a referida cláusula como a necessidade de maioria absoluta de votos da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial para a declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, esta arguição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada, no órgão fracionário, por inadmissível ou improcedente, nos termos seguintes⁷³:

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 710.

⁷¹ “Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo. Art. 949. Se a arguição for: I - rejeitada, prosseguirá o julgamento; II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal. § 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no [art. 103 da Constituição Federal](#) poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. § 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecurável, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 10 nov. 2019.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em 10 nov. 2019.

⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 5, p. 53. IN: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

a) a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público 379;

b) a questão de inconstitucionalidade há de ser relevante para o julgamento da causa, afigurando-se “inadmissível a arguição impertinente, relativa à lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa” 380;

c) a arguição será improcedente se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional.

Por fim, no que se refere aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade via controle difuso, para as partes será *ex tunc*, ou seja, será declarado sem efeito o ato, bem como todos os posteriormente realizados em sua decorrência, uma vez que os atos em questão são nulos e, portanto, desprovidos de qualquer de eficácia jurídica.

Já para terceiros, a declaração de inconstitucionalidade difusa não tem efeitos, mas pode ter suspensão a sua execução por determinação do Senado Federal⁷⁴, quando a decisão do Supremo Tribunal Federal terá efeitos *erga omnes*, porém, *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da resolução do Senado.

Outros meios de controle de constitucionalidade difuso são o Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, LXXI, CRFB/88⁷⁵ e a ação civil pública, descrita na Lei nº 7.347/95⁷⁶, os quais serão detalhados no último capítulo.

1.4.2 Controle concentrado de constitucionalidade

Nos termos do colacionado acima, o controle concentrado ou abstrato da norma é, nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco⁷⁷:

⁷⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

⁷⁶ BRASIL. Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso 19 nov. 2019.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1049.

O controle concentrado de constitucionalidade (austriaco ou europeu) defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado.

Hans Kelsen⁷⁸, chamado de “criador” do controle concentrado de constitucionalidade, justificou a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade salientando que

[...] se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. [...] Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

O referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austriaco⁷⁹.

Destarte, vários são os modelos de ação que visa o controle abstrato da constitucionalidade. São eles, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – que poderá ser genérica, por omissão ou interventiva – (ADI e ADO), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 288/290. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p 1243

1.4.3 Controle misto

Por fim, o chamado controle misto de constitucionalidade acumula os dois sistemas de controle acima exposto, autorizando ao Poder Judiciário a possibilidade de afastamento de Lei de forma incidental nas ações judiciais, mas permitindo a existência Tribunal Supremo ou Corte Constitucional com competência para receber ações de perfil abstrato ou concentrado.

Os principais exemplos desse modelo misto são o modelo português, no qual possui uma Corte Constitucional e órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal⁸⁰.

De fato, sendo o objetivo da presente dissertação a análise de modelos de fiscalização concentrada de caráter sucessivo da constitucionalidade no Brasil e na União Europeia, passa-se então a analisar as ações presentes no ordenamento pátrio brasileiro, para se possibilitar a posterior aferição de similitudes no contexto europeu.

1.5 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS SEUS EFEITOS

1.5.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica, por omissão e interventiva.

A ADI (ou ADIn conforme a literatura) tem como objeto a retirada do ordenamento jurídico a Lei ou o ato normativo estadual ou federal incompatível com a Constituição de 1988, sendo legítimas para a sua propositura as pessoas elencadas no artigo 103 e incisos da CRFB⁸¹ e observado, conforme o caso, a legitimidade específica para a propositura da ação, que se refere aos casos em que o Supremo Tribunal Federal exige a presença da chamada pertinência

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1244.

⁸¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º Declarada à inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

temática, definida como o requisito objetivo da relação de com a defesa do interesse específico da parte com o objeto da ação.

Mas não só em caso de atos normativos e Leis já promulgados, a ADIn tem também por objetivo a defesa da ordem constitucional contra omissões legislativas comprovadamente prejudiciais à norma constitucional, de forma relevante o suficiente a ensejar a judicialização de um interesse aparentemente individual contra a atividade legislativa omissa.

Desta feita, tanto a ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI), como a via por omissão (ADO) não têm outro objetivo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria característica do instituto à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica, que se encontra desguarnecida em razão da omissão – seja total ou parcial – de um dever constitucional de legislar⁸².

A respeito do conceito de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, retira-se ainda dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão configura, como se depreende singelamente, modalidade de controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se de processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetado pela alegada lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente⁸³.

Neste sentido, complementa Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco⁸⁴:

Não se pressupõe, portanto, aqui, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem não como autor, no sentido estritamente processual, mas como um Advogado do Interesse Público ou, para usar a expressão de Kelsen, como um advogado da Constituição. O direito de instaurar o processo de controle não lhes foi outorgado tendo em vista a defesa de posições subjetivas. Afigura-se suficiente, portanto, a configuração de um interesse público de controle.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1451

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro** - Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. - 6º ed. - São Paulo : Saraiva, 2012. p. 235

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1451/1453.

Tem-se aqui, pois, para usarmos a denominação usada por Triepel e adotada pela Corte Constitucional alemã, típico processo objetivo. Objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional.

Portanto, enquanto a ADIn por ação (ou genérica) ocorre pela existência de ato normativo em confronto com a Constituição, a inconstitucionalidade por omissão se refere ao descumprimento de normas de eficácia limitada contidas na Carta Magna, ou seja, uma inércia legislativa ou executiva, quanto aos Poderes que tem esta função precípua de legislar ou regulamentar.

Ao passo que relacionamos os institutos, necessário então se conceituar o que se pretende dizer sobre esta omissão legislativa, colhendo-se, para tanto, dos ensinamentos de Joana Covelo de Abreu⁸⁵:

Uma omissão legislativa não é só o efeito que surge da inércia legislativa ou da inexistência de normas jurídicas a regular uma determinada matéria; trata-se de uma situação em que, sendo expectável, porque imposto juridicamente, que se atuasse num determinado sentido, nada foi realizado. A omissão configura-se, por isso, como um comportamento que, apesar de passivo, não é de forma alguma neutro, gerando consequências de índole diversa, de acordo com o ramo do ordenamento em que se tenha verificado, com o concreto dever de agir violado ou com a sua natureza intencional ou não intencional.

Porém, ressalta-se que a inconstitucionalidade por omissão não decorre da simples ausência de “cumprimento” do dever geral de legislar, mas da inércia perante a determinação constitucional permanente e concreta de legislar, por meio de normas que impõe a adoção de medidas que deem efetividade à Constituição⁸⁶.

⁸⁵ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: A inércia do legislador e suas consequências. Curitiba: Juruá, 2011, p. 109.

⁸⁶ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52..

Desta maneira, analisando esta omissão é o que José Afonso da Silva⁸⁷, relatando a teoria de Vezio Crisafulli, delimita os graus de eficácia das normas constitucionais, podendo ser a) de eficácia plena; b) de eficácia contida; c) de eficácia limitada, estas últimas ainda subdivididas naquelas de princípio institutivo ou pragmático.

Assim, as normas de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular⁸⁸”, enquanto as normas de eficácia contida são as “legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados⁸⁹”, não sendo assim, objetos do nosso exame.

Por via de consequência, as normas de eficácia limitada são aquelas em que o legislador constituinte não disciplinou o direito ora invocado, deixando a cargo do legislador ordinário a regulamentação do tema, fazendo com que não possua aplicabilidade imediata exatamente por precisar de uma normatização posterior.

Ademais, dentro da subdivisão das normas de eficácia limitada, propõe-se que sejam de princípio institutivo, ou seja, tem o condão de criar instituições ou entidades que necessitam de uma normatização que determine os elementos para o seu funcionamento, ou programáticas.

Estas, por sua vez, são normas cujo objeto é a criação de programas de ação pelo Estado – aqui num sentido amplo da organização estatal – voltados à atuação destes órgãos dentro da finalidade da ordem constitucional vigente, mas que, por sua essência, dependem da legislação ordinária para a sua efetivação.

Nesta senda, a ADO objetiva o controle concentrado de constitucionalidade por meio da imposição de desfazimento de uma omissão total ou parcial destas normas de eficácia limitada existentes no ordenamento jurídico, imperioso para permitir a solução desta controvérsia e, por via de consequência, o próprio desenvolvimento de todo o modelo constitucional vigente.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 101.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 116.

Quanto à referida diferenciação, pode-se definir que a omissão total é aquela em que o legislador deixou de regulamentar a matéria constitucional, o que torna impossível a realização da determinação ali contida. Enquanto isso, a parcial ocorre na falha legislativa que afronta o princípio da isonomia, pois atende parcial ou insuficientemente a vontade constitucional⁹⁰.

Ademais, são estes, de acordo com a doutrina majoritária, os atos normativos e Leis federais passíveis de serem objetos de ação direta de inconstitucionalidade genérica e por omissão:

1. Disposições da Constituição propriamente ditas; 2.1. as leis formais ou atos normativos federais, dentre outros; 2.2. as medidas provisórias, expedidas pelo Presidente da República; 3. Decreto legislativo que contém a aprovação do Congresso aos tratados e autoriza o Presidente da República a ratificá-los em nome do Brasil; 4. O decreto do Chefe do Executivo que promulga os tratados e convenções; 5. O decreto legislativo do Congresso Nacional que suspende a execução de ato do Executivo, em virtude de incompatibilidade com a lei regulamentada; 6. Os atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, bem como os regimentos dos Tribunais Superiores; 7. O decreto legislativo aprovado pelo Congresso Nacional com o escopo de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; 8. Também outros atos do Poder Executivo com força normativa, como os pareceres da Consultoria-Geral da República, devidamente aprovados pelo Presidente da República ou Decreto que assumam perfil autônomo ou exorbite flagrantemente do âmbito do Poder Regulamentar; 9. Resolução do TSE 544; 10. As súmulas vinculantes do STF; 11. Resoluções de tribunais que deferem reajuste de vencimentos⁹¹.

Igualmente, para fins de exemplificação, estes são os atos normativos estaduais sujeitos à ADIn:

1. Disposições das Constituições estaduais, que, embora tenham a mesma natureza das normas da Constituição Federal, devem ser compatíveis com princípios específicos e regras gerais constantes do texto fundamental; 2.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1266.

⁹¹ Doutrina majoritária aqui obtida da leitura das obras de Gilmar Ferreira Mendes, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso.

Leis estaduais de qualquer espécie ou natureza, independentemente de seu conteúdo; 3. Leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União; 4. Decreto editado com força de lei 547; 5. Regimentos internos dos tribunais estaduais, assim como os Regimentos das Assembleias Legislativas; 6. Atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público estadual;

Inclusive, no que se refere às Leis estaduais, surge uma terceira forma de controle de constitucionalidade via ADI, que é aquela chamada “interventiva”, a qual se revela no artigo 36, inciso III, da CF⁹² e visa à proteção denominados princípios sensíveis constitucionais, previstos no inciso VII do artigo 34 da Carta Magna brasileira⁹³.

Desta forma, quando tal Lei ou ato normativo viole um destes princípios sensíveis constitucionais, será possível este controle concentrado de constitucionalidade, com duplo efeito, pois pleiteia a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual, mas acaba por ter uma conclusão política não prevista nas duas outras hipóteses de ADI, que é a decretação de intervenção federal no Estado-Membro ou Distrito Federal⁹⁴.

Cumprem ressaltar que se enquadram no caso de eventual propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade apenas aqueles posteriores à promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, haja vista o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que os anteriores não são passíveis de tal controle de constitucionalidade⁹⁵.

No que se refere à competência para o seu julgamento, o artigo 102, I, a da CRFB⁹⁶ dispõe que é do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo necessário um *quórum* de 2/3 dos membros para a instalação e a aprovação da maioria absoluta dos membros do STF para a declaração da inconstitucionalidade.

⁹² “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...] III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

⁹³ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

⁹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 552

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1410.

⁹⁶ “ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

Por fim, salienta-se que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato brasileiro são, em regra, *erga omnes* (gerais), *ex tunc* (retroativos), vinculantes e repristinatórios⁹⁷, cabendo ao STF analisar a modulação destes efeitos conforme o caso.

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade terá duas soluções possíveis: ou declarará a inconstitucionalidade da norma referida, ou julgará o pedido improcedente, o que impede a rediscussão via ação rescisória deste julgado, conforme entendimento majoritário do STF⁹⁸.

Assim, quando julgada procedente, a declaração de inconstitucionalidade por ação decreta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público em decorrência da norma inconstitucional, afastando o fundamento jurídico para os atos já cumpridos e impossibilita, outrossim, a sua invocação em qualquer direito futuro.

Noutro vértice, no que se refere a ADI por omissão, os efeitos da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal dependerão do caráter do Poder que restou omissos no caso em concreto:

1. Órgão administrativo: adoção de providências necessárias em 30 dias ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. A fixação de prazo permite a futura responsabilização do Poder Público administrativo, caso a omissão permaneça.
2. Poder Legislativo: ciência para adoção das providências necessárias, sem prazo preestabelecido. Nessa hipótese, o Poder Legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu munus, sob pena de afronta a separação dos Poderes, fixada pelo art. 2º da Carta Constitucional. Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga*

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 543

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória nº 1.357-8/MA – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Ação Rescisória nº 1.365-4/BA – Rel. Min. Moreira Alves.

omnes, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo⁹⁹.

Assim, na decisão da ADI por omissão há uma declaração de ordem mandamental, ou seja, uma ordem judicial dirigida ao órgão com a obrigação constitucional de ali legislar e com o fim de determinar a realização da atividade omitida¹⁰⁰. Porém, como se virá a seguir, tal assertiva não necessariamente possui o efeito prático aparentemente buscado quando da criação do instituto.

Ademais, no que se refere à sua utilizada prática na persecução dos direitos fundamentais – estes melhor elucidados adiante – por se tratar de um ponto sensível da presente dissertação, será abordada em tópicos específicos.

1.5.2 Ação declaratória de constitucionalidade

Em contrapartida, a Ação Declaratória de Constitucionalidade visa à declaração da constitucionalidade de uma Lei ou ato normativo federal, mas possui idêntica legitimidade ativa *ad causam* (art. 103 da CF) e competência para julgamento (art. 102, I, da CF) de uma ADI.

Por sinal, diferentemente da ADI que visa à retirada caso concreto de determinada norma contrária à constituição, ou o impulso ao legislativo omissor como fim de apurar a efetiva constitucionalidade da legislação, a ADC tem por objeto dirimir dúvidas ou controvérsias geradas em relação à legitimidade de certa Lei ou ato normativo quanto à sua efetiva constitucionalidade, cabendo ao STF a definição sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo discutido pelos tribunais inferiores e, ao final, vinculando ao Executivo à decisão proferida¹⁰¹.

Deste modo, o requisito primordial à propositura da ADC é a existência de controvérsia ou dúvida fundada quanto à legitimidade da norma, bem como que esta seja de fato relevante ao ponto de justificar o conhecimento da pretensão.

Neste sentido:

A exigência quanto à configuração de controvérsia judicial ou de controvérsia jurídica associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 554

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1471.

¹⁰¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 89.

constitucionalidade – esta independe de um número quantitativamente relevante de decisões de um e de outro lado –, mas também e, sobretudo, à invalidação prévia de uma decisão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo. A generalização de decisões contrárias a uma decisão legislativa não inviabiliza – antes recomenda – a propositura da ação declaratória de constitucionalidade. É que a situação de incerteza, na espécie, decorre não da leitura e da aplicação contraditória de normas legais pelos vários órgãos judiciais, mas da controvérsia ou dúvida que se instaura entre os órgãos judiciais, que de forma quase unívoca adotam uma dada interpretação, e os órgãos políticos responsáveis pela edição do texto normativo¹⁰².

Por fim, no que se refere ao direito pleiteado, a ADC pode ser arguida em face das idênticas Leis e demais normas federais elencadas para a ADIn.

Já as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, seja pela procedência ou pela improcedência do pedido declaratório, terão efeitos contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal concluir que a lei ou ato normativo federal é constitucional, então expressamente fará a declaração, julgando procedente a ação, que produzirá efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculantes a todos os órgãos do Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Da mesma forma, se considerar improcedente a ação, julgará a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com os mesmos efeitos¹⁰³.

1.5.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Noutro norte, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por objeto a análise dos atos do Poder Público que violem ou ameacem violar preceito fundamental e se encontra prevista no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99¹⁰⁴.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1440

¹⁰³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p 558

¹⁰⁴ “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000); Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; § 1º Na hipótese do inciso II, facultase ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo”. BRASIL. Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos

Tem como objetivo principal a impugnação de ato normativo ou Lei, mas de forma incidental aos demais processos ordinários, quando seus efeitos podem a eles se relacionarem posteriormente.

Logo, a ADPC se diferencia da ADIn como meio para a apuração da inconstitucionalidade porque possui como parâmetro de atuação os preceitos fundamentais identificáveis na Constituição, o que, por ausência de disposição específica quanto ao seu alcance normativo, fica a cargo da apuração pelo STF.

Nos termos da Lei nº 9.882/99, podem propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental todos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, assim como a ADC, na ADPF é imprescindível, a existência de controvérsia relativa à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato para a instauração da arguição.

Portanto, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental há de se cogitar de uma legitimação para agir *in concreto*, relacionado à existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. É necessário que se configure, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade ou de legitimidade do ato questionado, com relevância suficiente a decisão legislativa¹⁰⁵.

Outro ponto importante é que o artigo 4º, §1º da Lei nº 9.882/99 impõe para a recepção da petição inicial a inexistência outro meio eficaz de sanar a lesividade¹⁰⁶.

Quanto aos efeitos, a decisão que reconhece a procedência da ADPF declarará de ilegitimidade do ato questionado, com a afirmação da constitucionalidade da lei ou da aplicação constitucional discutida e terá contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público¹⁰⁷.

termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 20 nov. 2019.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1536.

¹⁰⁶ “Art. 4- A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. BRASIL. Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 20 nov. 2019.

¹⁰⁷ “Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. [...] § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. BRASIL. Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento

Porém, a Lei nº 9.882/99 reconhece ainda a possibilidade de modulação do momento de efeitos da decisão, pois permite que por maioria de 2/3 se declare a inconstitucionalidade da lei com eficácia *ex nunc* ou, com efeito, a partir do momento que venha a ser estabelecido pelo Tribunal¹⁰⁸.

1.5.4 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a sua aplicação no contexto atual

Como já restou abordado acima, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por objetivo precípua ser um instrumento de controle das omissões do Poder Público na sua função de legislar e regulamentar as normas constitucionais.

Desta forma, julgada procedente a ação pelo Supremo Tribunal Federal, o artigo 103, §2º, da CRFB/88¹⁰⁹ determina que

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

Porém, grande enfoque se dá na doutrina e na jurisprudência quanto aos limites e, conseqüentemente, a efetividade prática destas decisões exarada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, pois se está diante de uma linha tênue entre a delimitação e das funções do Poder Judiciário e dos demais Poderes, bem como na possibilidade de invasão, mesmo que por um motivo determinadamente válido, desta divisão.

Ou seja, há uma verdadeira incompatibilização entre o Princípio da Separação (ou Tripartição) dos Poderes prevista no art. 2º da Constituição Federal¹¹⁰ e na qual se baseia a organização da maioria dos Estados Federais ao redor do globo.

da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 20 nov. 2019.

¹⁰⁸ “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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”. BRASIL. Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 20 nov. 2019.

¹⁰⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

¹¹⁰ “Artigo 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

Este também parece ser o entendimento dos doutrinadores de como o STF encara a questão:

Em respeito ao princípio da tripartição dos Poderes, previsto no art. 2º da CF/88, não é permitido ao Judiciário legislar (salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas, como a elaboração de seu Regimento Interno). A sentença proferida em sede de ADO, contudo tem caráter mandamental, constituindo em mora o poder competente que deveria elaborar a lei e não o fez¹¹¹.

Deste modo, até que ponto a atuação judicial pode invadir a competência de o outro Poder determinando que ele dê início a legislação de uma norma quando tal intento depende de interesses que não lhe cabem discutir? Nos termos regulamentados, a ADO cumpre o seu objetivo enquanto método para o controle de fiscalização das omissões constitucionais?

Outrossim, havendo a necessidade de se abordar tal questão no contexto da União Europeia, bem como a apreciação dos meios lá defendidos para este fim, impõe-se a mudança de olhar para lá, de modo a permitir se encontrar melhores respostas, o que se dará a seguir.

¹¹¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 340-341.

Capítulo 2

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

2.1 A UNIÃO EUROPEIA: ASPECTOS PRELIMINARES

Considerando que se busca realizar uma análise mais aprofundada do desenvolvimento do Controle de Constitucionalidade no contexto da União Europeia, sobretudo em sua visão no caso de omissões legislativas dos Estados-Membros, deixa-se circunstancialmente de abordar a contextualização do tema nos Estados-Membros e passa-se a fazê-lo quanto ao bloco Europeu.

A semente da ideia de uma unidade política europeia já era objeto de discussão teórica entre escritores, filósofos e políticos ainda em Séculos anteriores, todavia o complexo bloco de integração que se tornou a União Europeia nasceu com o fim da 2ª Guerra Mundial, ocasião em que a Europa passava por tempos de reestruturação econômica, social, jurídica e política¹¹² pois, além de parcialmente destruída e desunida, deixava o posto de centro do mundo para os Estados Unidos da América e a então União Soviética.

Tal intento advém de um processo jurídico-político de harmonização das normatizações estatais atinentes a livre circulação de mercadorias entre os Estados-Membros, que possuíam regras de mercados internos formadas pelas singularidades locais, mas que deveriam ser reavaliadas e adaptadas para um contexto europeu sem barreiras internas que obstaculizassem ou inviabilizassem a formação de um mercado único europeu.

Conforme Joana Stelzer e Karine de Souza Silva¹¹³:

A odisséia da realização do mercado único à luz do princípio do reconhecimento mútuo, em síntese, revela uma parcela da complexa trajetória da livre circulação de mercadorias na União Europeia. Em vários domínios foi possível estabelecer um amplo e irrestrito trânsito de mercadorias. A eliminação de vários obstáculos às trocas comerciais e a abertura de novos horizontes, além de contribuir com o desenvolvimento

¹¹² SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. Doutrina e jurisprudência. Lisboa: Quid juris. 2009, p. 18.

¹¹³ STELZER, Joana; SILVA, Karine de Souza. **A política jurisprudencial na união europeia: o princípio do reconhecimento mútuo e o princípio do reconhecimento mútuo e a livre circulação de mercadorias a livre circulação de mercadorias**. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/427/369>. Acesso em: 21 nov. 2019.

econômico do conjunto, abre perspectivas positivas às empresas de vários setores.

Sob outro ângulo, a história da Europa comunitária traz a lume as dificuldades que muitas iniciativas de integração deverão superar. Com efeito, reluz com bastante nitidez que os Estados membros de um bloco econômico não se abstém com facilidade das barreiras protecionistas. Por isso mesmo, aos jovens processos de integração cabe ponderar não somente sobre um ordenamento com características supranacionais, mas também sobre a necessária articulação com um Tribunal forte e ativista. A velocidade dos desafios econômicos já não cabe nas vetustas codificações e, tampouco, se acomoda em processos judiciais marcados pela inoperância.

Ocorre que para a realização de um mercado único, sobretudo na velocidade em que se desenvolvem as sociedades dentro e fora dos blocos, à atividade política não é suficiente para se fixar todos os parâmetros de aplicação da legislação, haja vista a confrontação com os interesses locais com a premente primazia dos interesses da União Europeia.

Ainda que sob o enfoque primordial de um bloco de natureza política, a União Europeia abrange áreas como orçamento, defesa, política de segurança, cultura e educação a União Europeia os moldes de uma organização internacional clássica, mas possui elementos de cooperação governamental e social que o aproximam de um Estado supranacional único.

Esse novo contexto jurídico supranacional, além da maior interação com outros Estados, tem como base primordial a aproximação entre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros, de modo a garantir a aplicação de um direito que acompanhe o interesse de todos os envolvidos e fortifique o bloco.

Neste sentido, explica Alessandra Silveira que¹¹⁴:

A União Europeia, como sabemos, não é um Estado (na concepção moderna), mas cria direito como se fosse, isto é, cria normas jurídicas que vinculam obrigatoriamente os Estados-Membros e seus cidadãos.

[...] Por conseguinte, da mesma forma que como o Estado cria direito e vincula-se a ele, a União Europeia cria direito e vincula-se ao direito que ela própria cria. Como é exaustivamente referido pela doutrina, a ordem jurídica

¹¹⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. Doutrina e jurisprudência. Lisboa: Quid juris. 2009, p. 26

européia é dotada: 1) de instituições próprias, 2) de processos tendentes a emitir e interpretar as normas europeias, 3) de mecanismos tendentes a sancionar a sua eventual violação. Por isso se diz que a União Europeia funciona como uma União de direito.

Conforme o contexto de integração Europeia foi evoluindo, a comparação de Estados federativos à ordem constitucional da União Europeia não se mostrava mais tão direta, porém pesquisas na área de direito constitucional da União Europeia têm tratado temas muito semelhantes àqueles tratados nas áreas de proteção de direitos fundamentais existentes em sistemas federativos¹¹⁵.

Corroborando com o tema, analisam Alessandra Silveira e Pedro Froufe:

A integração europeia teve um propósito, pressupondo um quadro de referências e de opções bem determinado e um ideal, que mereceu o interesse e o combate de várias gerações de europeus do pós-guerra. Esse propósito e esse quadro de referências, ou seja, essa causa, eram e são simples, e deverão ser sempre renovados e vivificados: paz, democracia – binômio indissociável –, liberdade, solidariedade entre os vários povos da Europa e satisfação justa e crescente das condições de vida das pessoas. A forma concreta de efetivar esse ideal motivador do projeto de integração era norteada por referências culturais e civilizacionais que, dentre a inevitável e saudável heterogeneidade de povos, culturas e tradições europeias – a diversidade sempre foi uma das riquezas da Europa –, se impunham e, de um modo geral, eram consensuais¹¹⁶.

Mas foi a partir da evolução histórica, desde os primeiros acordos relativos ao comércio no pós-guerra, na década de 1950, passando pelo surgimento das Comunidades Europeias, até à emergência de uma efetiva União Europeia nos moldes atuais, que reforçou a atividade do Tribunal de Justiça da União Europeia em propiciar o avanço comercial europeu pelo preenchimento de lacunas e resolvendo litígios formados por uma União de direito¹¹⁷ em

¹¹⁵ AZEVEDO NETO, Álvaro de Oliveira. *Constitucionalismo Transnacional: o sistema constitucional da União Europeia e o funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia como corte constitucional*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2010.

¹¹⁶ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. *Integração europeia em crise de identidade: causas e perspectivas jurídico-constitucionais entre o populismo, a política e o poder*. In: **Revista Dilemas**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social. Vol. 11. Rio de Janeiro. 2018, p. 329. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/11225/11286>. Acesso em: 02 ago. 2020.

¹¹⁷ SILVEIRA, Alessandra. *União Europeia: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo)*. In: SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Quid juris: Lisboa, 2010, p. 18.

constante construção e que não poderiam ser dirimidas por atos jurídicos de direito derivado da União Europeia.

O ordenamento jurídico europeu, em sua senda, pode ser definido por duas fases de legislação, eis que possui tratados constitutivos, atualmente o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na versão que lhes foi dada pelo Tratado de Lisboa, a que acresce a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, nos termos do artigo 6.º, n.º 1 do TUE, tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. Por sua vez, encontramos normas de direito derivado da União Europeia, quais sejam os regulamentos, as diretivas, as decisões, as recomendações e pareceres¹¹⁸.

Destarte, estes tratados constitutivos preveem: “1) os objetivos a serem realizados pela União, 2) um quadro institucional que obedece ao princípio do equilíbrio de poderes [...], 3) um sistema de contencioso próprio (com mecanismos jurisdicionais e tribunais que asseguram a proteção judicial), 4) um sistema de atos jurídicos / normas que afetam diretamente os particulares”¹¹⁹.

Vê-se que os Tratados constitutivos presentes no contexto normativo europeu demonstram o surgimento de uma nova abordagem constitucional, que se afasta da dimensão da ordem legal constitucional clássica.

Sobre esta evolução da União Europeia, importante se destacar da obra de Alessandra Silveira:

Do exposto conclui-se que a União Europeia evolui e comporta-se como se a sua base jurídica (o seu texto fundador) fosse uma Constituição – e não tratados governados pelo direito internacional. Os tratados constitutivos funcionam, pois, como a Constituição da União, na medida em que consagram uma ordem jurídica fundamental que vincula todo o poder público europeu. Por isso é possível afirmar, com Poiares Maduro, que paradigma da construção europeia é constitucional – e o seu constitucionalismo «assenta numa legitimidade plural, entre outras razões porque radica numa

¹¹⁸ LOPES, Marcelo Leandro Pereira. O tribunal de justiça da união europeia e a construção do direito da união. *Revista Arquivo Jurídico*. Jan. jul. 2013. Disponível em: <https://ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/viewFile/2306/1528> . Acesso em 7 jul. 2019.

¹¹⁹ SILVEIRA, Alessandra. *Princípios de direito da União Europeia*. p. 27

pluralidade de fontes constitucionais, o que tem um impacto profundo na natureza do seu modelo constitucional»¹²⁰.

Desta forma, o ordenamento jurídico da União Europeia apresenta uma série de características que foram sendo implementadas, desde a partilha de poderes soberanos relativamente a um setor produtivo, na ocasião da constituição da Comunidade do Carvão e Aço; o compromisso de solidariedade, descrito no Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europeia; a objetivação da criação de um mercado único, na revisão do Tratado ocorrida em 1986, passando pela criação a União Europeia, com o Tratado de Maastricht, que se funda em conceitos intergovernamentais de segurança externa comum e cooperação interna¹²¹.

Ademais, após as revisões dos Tratados constitutivos realizadas por meio do Tratado de Amsterdão e pelo Tratado de Nice, percebeu-se a necessidade de se solucionar problemas relacionados às competências entre a União Europeia e seus Estados-Membros, o estatuto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a simplificação dos Tratados e a fixação do papel dos parlamentos nacionais na sua atuação perante a subsidiariedade de legislações¹²².

Assim, apesar de o documento elaborado para se tornar o Tratado Constitucional europeu não obter o quórum necessário para a sua aprovação, pois não foi ratificado por todos os Estados-Membros, em 2007 chegou-se ao consenso necessário com a assinatura do Tratado de Lisboa, o qual trouxe significativas mudanças no contexto normativo europeu.

Entre outros pontos, o Tratado de Lisboa garantiu o cumprimento de princípios, direitos e liberdades no nível regional da União Europeia, ratificando a importância da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que passou a possuir o mesmo valor jurídico dos tratados, conforme descrito no artigo 6º do Tratado da União Europeia¹²³, e que devem ser respeitados por todos os Estados-Membros, instituições, órgãos e organismos que compõem a União Europeia.

¹²⁰ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial.

¹²¹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. pp. 21/23

¹²² SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. pp. 24

¹²³ Artigo 6.o 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições. 2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados. 3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

Um ponto que fica claro nos estudos relativos ao Direito da União Europeia é uma preocupação de garantir direitos fundamentais aos seus cidadãos europeus, sendo um valor fundamental do bloco, conforme os ensinamentos de Klaus-Dieter Borchardt¹²⁴:

Os valores e conceitos fundamentais no cerne da União Europeia incluem também os direitos fundamentais dos cidadãos da União. A história da Europa tem sido caracterizada por mais de 200 anos por esforços contínuos para aumentar a proteção dos direitos fundamentais.

Começando com as declarações dos direitos humanos e civis no Século XVIII, os direitos fundamentais e as liberdades civis agora estão firmemente ancorados nas constituições da maioria dos Estados civilizados. Isto é especialmente verdadeiro para os Estados-Membros da União Europeia, cujos sistemas jurídicos são construídos com base no Estado de direito e no respeito pela dignidade, liberdade e direito ao autodesenvolvimento do indivíduo. Existem também numerosas convenções internacionais sobre a proteção dos direitos humanos, entre as quais a Convenção Europeia dos Direitos do Homem é de grande importância.

Veja-se que o tema relacionado aos direitos fundamentais como fundamento do bloco tem tamanha importância que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foi elaborada, sobretudo com este objetivo, apontando que deveriam ser implementadas políticas sobre justiça, solidariedade, liberdade, igualdade, dignidade e direitos dos cidadãos europeus.

Ademais, no curso do presente, serão abordados com mais ênfase o Tratado da União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia¹²⁵:

O TUE e o TFUE têm o mesmo valor jurídico, pelo que nenhum é superior ao outro nem nenhum está subordinado ao outro. Esta clarificação jurídica é necessária porque o tipo de densidade regulamentar nos dois Tratados e o novo título do antigo Tratado CE (Tratado sobre o Funcionamento da UE) dão a sensação de que o TUE seria uma espécie de lei fundamental ou tratado fundador, ao passo que o TFUE parece ter antes sido concebido como tratado de execução. O TUE e o TFUE também não são formalmente

¹²⁴ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **The ABC of European Union law**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2010, p. 24. Disponível em: <http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf>. Acesso em 09 mar. 2020 (tradução livre).

¹²⁵ COMISSÃO EUROPEIA. O ABC do direito da União Europeia. Disponível em: <http://publications.europa.eu/webpub/com/abc-of-eu-law/pt/#chap2> Acesso em 7 jul. 2019

constitucionais por natureza. A terminologia utilizada no conjunto dos Tratados reflete esta alteração face ao anterior projeto constitucional: o termo «Constituição» deixa de ser utilizado, a expressão «ministro dos Negócios Estrangeiros da União» dá lugar a «alto-representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança» e as designações «lei» e «lei-quadro» são abandonadas. De igual modo, os Tratados modificados não contêm qualquer artigo em que seja feita referência a símbolos da UE como a bandeira ou o hino. O primado do direito da UE não é consagrado de forma expressa numa disposição do Tratado mas resulta, tal como no passado, de uma declaração que faz referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça que é pertinente para a questão do primado.

Salientando que os Estados-Membros na ocasião em que reconhecem a integralidade dos princípios garantidores de direitos fundamentais como parte do direito da União, incorporando-os inclusive no seu suporte constitucional local, tem a necessidade de respeitar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia no mesmo sentido¹²⁶.

Assim, um ponto chave ao entendimento da organização do poder na União Europeia passa pela interpretação de sua base jurídica enquanto uma Constituição fosse, ao menos em seu sentido material e apresentado num novo contexto pós-moderno de política¹²⁷.

Poiars Maduro¹²⁸, quanto ao fenómeno constitucional europeu, nos ensina:

A constitucionalização dos tratados criou um corpo constitucional sem discutir a sua alma. O constitucionalismo resultante do desenvolvimento da integração europeia é de um tipo particular que, embora nunca tenha sido claramente identificado, eu definiria como «constitucionalismo de baixa intensidade». Este constitucionalismo caracteriza-se por vários aspectos. Em primeiro lugar, é um constitucionalismo progressivo (*incremental*) e de baixo para cima (*bottom-up*). Não constitui o produto de um momento constituinte, mas de um paulatino desenvolvimento judicial e político, geralmente construído por referência a fontes constitucionais nacionais.

¹²⁶ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **The ABC of European Union law**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2010.

¹²⁷ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. Doutrina e jurisprudência. Lisboa: Quid juris. 2009, pp. 29/30.

¹²⁸ MADURO, Miguel Poiars **A Constituição Plural**: Constitucionalismo e União europeia. Cascais/Portugal: Príncipia. 2006, p. 344

Verificado este contexto legal europeu, tem-se como instância judicial organicamente europeia é o Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja função principal é exatamente a interpretação do direito da União Europeia como um todo, e através desta prerrogativa, decidir sobre o conjunto das disputas surgidas entre as diversas instituições europeias entre si, entre os Estados-Membros, entre os Estados membros e as instituições europeias, e finalmente, entre as pessoas privadas e os Estados e as instituições europeias, sendo uma importante ferramenta de apoio inclusive político à construção do direito da União, garantindo a integração¹²⁹.

Cabe ressaltar que para o sistema legal do bloco funcionar do modo desejado, cada Estado-Membro abdica de uma parcela – que para uns pode ser pequena, mas outros entendem ser demasiadamente significativa – de sua soberania, para tratar de determinados assuntos e, para tanto, devem respeitar as disposições das normas supranacionais, o que traz uma indireta supremacia em relação ao local.

Ademais, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia fortalece os já previstos direitos humanos da CEDH, o TJUE (também chamado de Tribunal de Luxemburgo) tem a capacidade e a possibilidade de colaborar para a efetivação e proteção dos direitos fundamentais na União Europeia, tendo em vista o consagrado no artigo 6º do Tratado da União Europeia, apontado acima, e Jurisprudência do TJUE, caso um ato da União Europeia viole direito fundamental do cidadão, o Tribunal poderá declará-lo inaplicável, ou inválido, ou decidir anulá-lo¹³⁰.

2.2 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E SUA FUNÇÃO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem lugar na realização do Direito europeu, seja em jurisdição constitucional – neste caso, assegura o equilíbrio institucional previsto nos Tratados entre os diversos órgãos da União – como jurisdição administrativa, como

¹²⁹ LOPES, Marcelo Leandro Pereira. **O tribunal de justiça da união europeia e a construção do direito da união**. Disponível em: <https://ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/viewFile/2306/1528> . Acesso em 7 jul. 2019.

¹³⁰ WENNERSTRÖM, Erik. EU Accession to the European Convention on Human Rights. The Creation of a European Legal Space for Human Rights or the Last Stand for the Normative Supremacy of the Strasbourg System?, p. 375. (February 1, 2013). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2734122>. Acesso em: 09 mar. 2020.

jurisdição de trabalho e como jurisdição de interpretação e aplicação uniformes do Direito da União Europeia, como jurisdição voluntária e como jurisdição internacional¹³¹.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que passou a ter esta nomenclatura e organização com o advento do Tratado de Lisboa, é composto pelo Tribunal de Justiça, que trata dos pedidos de decisões a título prejudicial provenientes das jurisdições nacionais, bem como de certas ações de anulação e de recursos; pelo Tribunal Geral que trata dos recursos de anulação interpostos por particulares, empresas e, em certos casos, governos nacionais; e por Tribunais especializados¹³², na medida em que a sua criação se repute necessária.

Dentre as competências jurisdicionais do Tribunal de Justiça, estão as ações de indenização, ações por omissão, recursos de decisões do Tribunal Geral, recurso de anulação, o reenvio prejudicial e a ação por incumprimento, e tem suas funções reguladas pelos artigos 251 a 281 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹³³.

Ademais, os Juízes e os advogados-gerais são nomeados pelos governos dos Estados-Membros da União Europeia por períodos renováveis de seis anos. Em cada uma das jurisdições, os juízes escolhem um Presidente que é investido no cargo por um período renovável de três anos¹³⁴.

Isso porque o TJUE tem por objetivo a aplicação do Direito da União Europeia e a interpretação dos Tratados, seja com sua atuação na jurisdição voluntária, no contencioso, ou enquanto órgão julgador de recursos do Tribunal Geral e dos Tribunais especializados¹³⁵, conforme consta do artigo 19 do Tratado da União Europeia¹³⁶.

¹³¹ SILVA, José Luís Moreira da. Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Disponível em: <http://euroogle.com/dicionario.asp?definition=918>. Acesso 25 mar. 2020.

¹³² Neste sentido, ABREU, Joana Covelo de. Tribunal de justiça da União Europeia. In: ABREU, Joana Covelo de. REIS, Lílíana (Coords.). *Instituições, órgãos e organismos da União Europeia*, Almedina, 2020. e UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt Acesso 24 mar. 2020.

¹³³ SILVA, José Luís Moreira da. Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Disponível em: <http://euroogle.com/dicionario.asp?definition=918>. Acesso 25 mar. 2020.

¹³⁴ ABREU, Joana Covelo de. Tribunal de justiça da União Europeia. In: ABREU, Joana Covelo de. REIS, Lílíana (Coords.). *Instituições, órgãos e organismos da União Europeia*, Almedina, 2020, pp. 73 e seguintes (no prelo).

¹³⁵ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento econômico da União Europeia*. 7 ed. Coimbra: Editora Coimbra. 2014. p. 191.

¹³⁶ Artigo 19º 1. O Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados. Os Estados-membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União. 2. O Tribunal de Justiça é composto de um juiz por cada Estado-membro. O Tribunal de Justiça é assistido por advogados-gerais. O Tribunal Geral é composto de, pelo menos, um juiz por cada Estado-membro. Os juízes e os advogados-gerais do Tribunal de Justiça e os juízes do Tribunal Geral são escolhidos entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições estabelecidas nos artigos 253º e 254º do

Neste contexto, os processos da jurisdição voluntária têm por solução declarativa, por meio da análise da validade de atos das instituições da União, indicação da interpretação adequada do direito europeu, e, de forma consultiva, aborda a compatibilidade de atos e demais legislações quanto à concorrência ou não com os Tratados constitutivos, num papel de resguardo a ordem jurídica da União Europeia.

Enquanto isso, nos processos de competência contenciosa, o Tribunal de Justiça da União Europeia atua na área cível, criminal, fiscal, aduaneiro e de jurisdição internacional, além de, como será discorrido à frente, como um tribunal constitucional¹³⁷.

Desta forma, resta claro que a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia também faz às vezes de uma Corte de fiscalização de constitucionalidade, por meios que promovessem a cooperação entre TJUE e Tribunais nacionais, de modo a permitir que estes apresentassem as questões legais prejudiciais entre os institutos legais deles em relação às normas europeias, de modo a garantir o fiel cumprimento de ambas, sem prejuízo da manutenção da soberania interna.

O TJUE possui um papel de suma importância no contexto jurídico do bloco, pois, com sua atuação firme, sobretudo na proteção dos direitos fundamentais, se tornou a última palavra na ordem jurídica europeia, apesar de não possuir competência enquanto um tribunal de recursos ou mesmo um tribunal supremo¹³⁸.

Em arremate, colhe-se da obra de Joana Covelo de Abreu¹³⁹:

Assim, a própria construção organizativa do TJUE permite-nos antevê-lo como o vértice jurisdicional no que à efetividade e tendencial aplicação uniforme do direito da União diz respeito. Afinal, assente em dois tribunais organicamente europeus (o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral), o TJUE vê a sua atuação pautada pelas tendenciais características jurídico-constitucionais associadas à função jurisdicional, como é o caso da independência, da imparcialidade e

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. São nomeados de comum acordo pelos Governos dos Estados-membros, por seis anos. Os juízes e os advogados-gerais cujo mandato tenha chegado a seu termo podem ser de novo nomeados. 3. O Tribunal de Justiça da União Europeia decide, nos termos do disposto nos Tratados: a) Sobre os recursos interpostos por um Estado-membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou coletivas; b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições; c) Nos demais casos previstos pelos Tratados.

¹³⁷ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de Direito Europeu**, p.194

¹³⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. pp.10, 13 e 69.

¹³⁹ ABREU, Joana Covelo de. **Tribunal de justiça da União Europeia**.

da imunidade de jurisdição dos seus membros; mas, enquanto instituição profundamente inovadora, alia-lhes figuras *suis generis* (como a sua composição também se pautar pela designação de advogados-gerais ou que os seus membros sejam sujeitos a escrutínio prévio por parte do Comité do artigo 255.º do TFUE) que, na sua globalidade, lhe permite continuar a desenvolver uma jurisprudência catalisadora da integração europeia. Também por conta das características inerentes ao exercício da sua função jurisdicional, foi-lhe reconhecido um papel de ator político no contexto da União, sobretudo por conta do seu ativismo e da função criadora da sua jurisprudência.

Neste contexto é que o Tribunal de Justiça da União Europeia garante o cumprimento do Direito da União e dos seus princípios primordiais¹⁴⁰, fazendo com que os Estados-Membros interajam nesta ordem jurídica complexa e garantam a aplicação do direito a todos os envolvidos.

Nesta construção legal formada pela legislação europeia e pelo papel ativo do Tribunal de Justiça, há determinados princípios fundamentais que são basilares à manutenção da justiça da União Europeia, dentre eles os chamados princípios estruturais, previstos no artigo 6º do Tratado da União e os princípios gerais do Direito da União¹⁴¹.

Pelo princípio da lealdade, que se encontra descrito no artigo 4º, §3º, do Tratado da União Europeia¹⁴² tem-se a obrigação de fidelidade e recíproca consideração entre os envolvidos, de maneira que todos devam promover os interesses mútuos e, ao mesmo tempo se abstenham de realizar atos que possam acarretar prejuízos ao todo¹⁴³.

Por este princípio fica claro que os tribunais dos Estados-Membros têm a obrigação de cooperação com o TJUE. Este entendimento vem desde o Acórdão CILFIT Sri contra *Ministero della Sanità*¹⁴⁴, onde se julgou que os tribunais nacionais devem levar ante o Tribunal questões

¹⁴⁰ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. p. 13.

¹⁴¹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. p. 09.

¹⁴² Artigo 4.o 3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União. Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União.

¹⁴³ SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia**: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo), p. 21.

¹⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. 1982. Sentença de 6 de outubro, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health (reference for a preliminary ruling from the Corte Suprema di Cassazione) (Obligation to request a preliminary ruling), Caso N° 283/81

prejudiciais preliminares relacionadas à com a interpretação do Direito da União Europeia, baseando-se no citado princípio de cooperação.

Firmando o entendimento, retira-se dos ensinamentos de Alessandra Silveira¹⁴⁵ que:

Tal vínculo de lealdade se estabelece 1) entre os Estados-Membros, 2) dos Estados-Membros para com a União, 3) da União para com os Estados-Membros – e implica que a ordem jurídica da União prevaleça sobre a de todos e cada um dos subsistemas que a integram. Como explica García de Enterría, trata-se de uma regra organizacional: está aqui em causa uma necessidade funcional da qual depende a própria sobrevivência do sistema enquanto tal.

O primado decorre da incontornável constatação de que as competências reservadas à União servem à construção, preservação e reforço da unidade e coesão sistémicas, por cima e para além dos particularismos territoriais que não podem prevalecer sobre as necessidades gerais do conjunto. Ou seja, a integração sistémica constitui o fundamento de validade do primado da ordem jurídica da União, contra a qual não pode prevalecer um acto periférico incompatível com o compromisso constitucional de cooperação que aglutina e mantém unidas as distintas partes do todo.

Em decorrência do princípio da lealdade, o Tribunal de Justiça decompôs uma série de outros princípios que aprofundaram o conceito da lealdade, como o 1) o princípio do efeito direto das normas europeias, que permite ao particular invocar normas europeias que reconheçam direitos, ainda que em violação do direito nacional com o Direito da União; 2) o princípio da efetividade e princípio da equivalência do direito da União, no qual as autoridades nacionais devem garantir a aplicação e a aplicação das pretensões relativas ao direito europeu; 3) o princípio da interpretação conforme, pelo qual as disposições do aplicador do direito nacional devem se dar de acordo com o Direito da União; 4) o princípio da responsabilidade do Estado por violações das obrigações europeias, que garante ao particular indenização em caso de danos pela violação do direito da União abaixo descrito e, como melhor elucidado abaixo; 5) o princípio do primado; e 6) o princípio da tutela jurisdicional efetiva¹⁴⁶.

¹⁴⁵ SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia**: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo). In: SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Quid juris: Lisboa, 2010, pp. 12/13.

¹⁴⁶ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**, pp. 96/97.

O princípio da primazia se refere à prevalência do Direito da União frente às normas do ordenamento interno dos Estados-Membros da União Europeia que lhe sejam contrárias e nasceu sobretudo da própria jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Ainda que não haja qualquer hierarquia entre o Direito da União e o Direito interno dos Estados-Membros, aquele é autônomo, mas prevalece sobre o direito interno quando em desconformidade¹⁴⁷, de maneira que os tribunais nacionais não possuem competência para controlar a validade dos atos jurídicos europeus à luz da sua Constituição¹⁴⁸.

Este último princípio, da tutela jurisdicional efetiva, encontra-se disposto no artigo 19, n° 1 e 2, do Tratado da União Europeia¹⁴⁹ e explicita o trabalho do Tribunal de Justiça na busca de meios processuais e recursais que garantam acesso aos Tribunais pelos particulares¹⁵⁰.

Neste contexto, Joana Covelo Abreu aponta que tal princípio possui quatro dimensões, quais sejam “1) direito à ação, consagrado no primeiro parágrafo; 2) direito a um tribunal imparcial, consagrado na primeira parte do segundo parágrafo; 3) direito à defesa, consagrado na segunda parte do segundo parágrafo; e 4) direito a apoio judiciário em circunstâncias de carência económica, conforme resulta do terceiro parágrafo¹⁵¹”.

Ademais, no que se refere ao funcionamento da União Europeia e, conseqüentemente, à atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, pode-se destacar ainda a necessidade de respeito aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, que definem o limite de atuação do bloco e o modo que deve agir, ao ponto que se encontram inclusive no corpo do artigo 5° do Tratado da União Europeia¹⁵².

¹⁴⁷ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. p. 116.

¹⁴⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial.

¹⁴⁹ 1. O Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados. Os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União. 2. O Tribunal de Justiça é composto de um juiz por cada Estado-Membro. O Tribunal de Justiça é assistido por advogados-gerais. O Tribunal Geral é composto de, pelo menos, um juiz por cada Estado-Membro. Os juizes e os advogados-gerais do Tribunal de Justiça e os juizes do Tribunal Geral são escolhidos de entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições estabelecidas nos artigos 253.o e 254.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. São nomeados de comum acordo pelos Governos dos Estados-Membros, por seis anos. Os juizes e os advogados-gerais cujo mandato tenha chegado a seu termo podem ser de novo nomeados. IN: UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia** (Versão compilada).

¹⁵⁰ ABREU, Joana Covelo de. Princípio da tutela jurisdicional efetiva. In: BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira. CAMISÃO, Isabel. ABREU, Joana Covelo de. **Enciclopédia da União Europeia**. Lisboa. Petrony, 2017, p. 329.

¹⁵¹ ABREU, Joana Covelo de. Princípio da tutela jurisdicional efetiva, p. 331.

¹⁵² Artigo 5.o 1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. 2. Em virtude do princípio da atribuição, a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros. 3. Em virtude do princípio da

Por fim, Joana Covelo de Abreu¹⁵³ ainda aponta a existência de outros princípios relativamente aos processos junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia, quais sejam inquisitório, contraditório, publicidade, gratuidade e representatividade das partes.

Pelo princípio do inquisitório, devem ser determinadas a realização de todas as diligências legalmente permitidas e necessárias ao bom andamento dos processos junto ao TJUE, seja por pedido das partes ou *ex officio*.

Neste mesmo limiar, o princípio do contraditório, que faz parte do contexto que permeia todo o devido processo legal a que se fundamenta qualquer sociedade democrática – inclusive o Brasil¹⁵⁴ – e pressupõe a possibilidade de todo acusado ter permitida o conhecimento e o direito a resposta contra o que lhe for imputado em seu desfavor.

Igualmente o princípio da publicidade pressupõe que, excetuando-se casos específicos e devidamente justificados, todos os julgamentos sejam abertos ao público.

Já o princípio da gratuidade dos processos encontra-se disposto no artigo 143 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça¹⁵⁵, em que se determina que os processos sejam gratuitos, exceto no caso de despesas evitáveis que a parte der causa ou forem excessivas, respeitada a possibilidade de concessão de assistência judiciária.

Por fim, quanto à necessidade de representação judicial por um representante legal, vê-se que é uma imposição legal¹⁵⁶.

subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo. 4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados. As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. IN: UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia** (Versão compilada).

¹⁵³ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: A inércia do legislador e suas consequências. p. 39/44.

¹⁵⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁵⁵ Artigo 143.º Encargos processuais O processo no Tribunal é gratuito, sem prejuízo das disposições seguintes: a) se o Tribunal tiver incorrido em encargos que poderiam ter sido evitados, pode, ouvido o advogado-geral, condenar no respetivo reembolso a parte que os provocou; b) os encargos resultantes de trabalhos de cópia e de tradução efetuados a pedido de uma das partes, que o secretário considere excessivos, são reembolsados por essa parte segundo a tabela da Secretaria referida no artigo 22.º IN: UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça** de 25 de setembro de 2012 (versão Consolidada). Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_pt.pdf Acesso em: 26 fev. 2020.

¹⁵⁶ Artigo 19.o Os Estados-Membros e as instituições das Comunidades são representados no Tribunal por um agente nomeado para cada causa; o agente pode ser assistido por um consultor ou por um advogado. Os Estados partes no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu que não

Em face do apontado acima resulta a conclusão de que a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como das regras principais e princípios ao qual a atuação legal tanto dele quanto do próprio bloco em si demonstram, é que, apesar da inexistência de uma constituição formal no bloco, há uma atuação indireta na revisão constitucional das normas locais.

Portanto, tendo em vista inclusive o enfoque do presente estudo nas similitudes deste direito “Constitucional” da União Europeia, destacam-se os principais meios jurisdicionais que poderão promover um controlo de constitucionalidade no contexto da União Europeia e que, em sentido paralelo, poderão ser capazes de promover a proteção dos direitos fundamentais envolvidos: o Reenvio Prejudicial e a Ação por Incumprimento.

Destarte, enquanto o primeiro se refere a uma fiscalização concreta e difusa de constitucionalidade, principalmente na confirmação de validade de norma jurídica, o segundo, funciona como uma revisão constitucional abstrata e concentrada, haja vista visar declarar infrações cometidas por Estados-Membros em violação ao direito da União¹⁵⁷.

2.2.1 O reenvio prejudicial

Estabelece o artigo 267º do Tratado de Funcionamento da União Europeia:

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se

sejam Estados-Membros, bem como o Órgão de Fiscalização da EFTA mencionado no referido acordo, são representados do mesmo modo. As outras partes devem ser representadas por um advogado. Só um advogado autorizado a exercer nos órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro ou de outro Estado parte no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu pode representar ou assistir uma parte no Tribunal. Os agentes, consultores e advogados que compareçam perante o Tribunal gozam dos direitos e garantias necessários ao exercício independente das suas funções, nas condições estabelecidas no Regulamento do Processo. O Tribunal goza, em relação aos consultores e advogados que perante ele compareçam, dos poderes normalmente atribuídos nesta matéria aos tribunais, nas condições estabelecidas no referido regulamento. Os professores nacionais de Estados-Membros cuja legislação lhes reconheça o direito de pleitear gozam, perante o Tribunal, dos direitos reconhecidos por este artigo aos advogados. IN: UNIÃO EUROPEIA. **Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia** (versão consolidada). Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf Acesso em: 26 fev. 2020.

¹⁵⁷ ABREU, Joana Covelo de. **An approach to today's EU constitutionality control** – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection. UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, No. 2, July 2017.

considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter à questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

Da leitura do referido texto legal se retira que há referência a duas situações distintas: a interpretação de Tratados e atos de direito derivado e a discussão a respeito da validade de atos normativos de direito derivado.

No primeiro caso, vê-se claramente um sentido declaratório da jurisdição do TJUE em aferir o sentido ou alcance, mas também a sua aplicabilidade em determinado caso em concreto.

Já o segundo caso se refere à validade material ou formal de certa norma europeia de direito derivado, declara a existência de vícios essenciais e principalmente, a violação de Tratados ou princípios Gerais do Direito da União Europeia.

Ressalta-se que, conforme o Acórdão FOTO-FROST¹⁵⁸, os Tribunais nacionais não têm competência para analisar a invalidade dos atos das instituições europeias, obrigando-se enviar ao TJ para a sua apreciação.

Destaca-se aqui que os termos “Tratados” como apontados no artigo podem se referir ao Tratado da União Europeia, ao Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, o Tratado de Roma, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como os protocolos anexos aos Tratados, que têm o mesmo valor jurídico destes. Enquanto os “Atos adotados pelas instituições ou organismos da União” abarcam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações, pareceres, e outros atos que, embora com outra designação possam produzir

¹⁵⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de 22/10/87, proc. 314/85**, Foto-Frost, com sede em Ammersbek v. Hauptzollamt Lübeck-Ost. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:c3aa3ce4-f367-4e57-87ce-564276042507.0009.06/DOC_2&format=PDF Acesso em: 27 fev. 2020.

efeitos jurídicos. Os acordos internacionais concluídos pela União também estão inseridos nesse rol¹⁵⁹.

No que concerne à obrigação de reenvio de interpretação, suscitado no artigo citado, tem-se que é obrigatório ainda que não haja recurso cabível no Direito interno, ainda que autores indiquem a existência de divergência quando estes Tribunais internos se tratam de Cortes Constitucionais.

Quanto ao procedimento, o reenvio é feito mediante ato judicial exarado pelo Juízo nacional, que determina a suspensão do processo nacional e submete um resumo das questões de fato e de direito que julgue necessárias para que o Tribunal de Justiça possa pronunciar-se sobre a interpretação e ou a validade do direito da União aplicável ao caso, embora não decida o caso concreto, na medida em que tal caberá ao juiz nacional¹⁶⁰.

No reenvio prejudicial, cabe ao tribunal nacional decidir a sua realização, não se encontrando diretamente disponível às partes no litígio. No entanto, como ensina Alessandra Silveira, o reenvio prejudicial tem uma “dimensão subjetiva”, o que determina que está ao serviço da tutela jurisdicional efetiva, pelo que o juiz poderá reenviar também por conta da sensibilização que ocorre por intermédio das partes, capazes de, nas suas peças processuais nacionais, invocar o direito da União aplicável e sensibilizar o juiz nacional para a necessidade de reenvio. Por sua vez, conforme resulta do artigo 23º do Estatuto do Tribunal, as partes no processo pendente no tribunal nacional e determinados órgãos com interesse específico na resolução da lide podem intervir no processo que corre perante o Tribunal de Justiça. São elas: “os Estados-Membros, a Comissão, o Conselho ou o Banco Central Europeu, quando esteja em causa à interpretação ou a validade de um acto deles emanado; o Parlamento e o Conselho se o acto cuja validade ou interpretação é contestada tiver sido adoptado conjuntamente por estas duas instituições”¹⁶¹.

¹⁵⁹ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; PEREIRA, António Pinto. **Manual de Direito Europeu**: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia. p. 181.

¹⁶⁰ Artigo 23.º Nos casos previstos no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a decisão do órgão jurisdicional nacional que suspenda a instância e que suscite a questão perante o Tribunal de Justiça é a este notificada por iniciativa desse órgão. Esta decisão é em seguida notificada, pelo secretário do Tribunal, às partes em causa, aos Estados-Membros e à Comissão, bem como à instituição, órgão ou organismo da União que tiver adotado o ato cuja validade ou interpretação é contestada. UNIÃO EUROPEIA. **Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia** (versão consolidada).

¹⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. **Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia** (versão consolidada).

Quanto ao procedimento em si, passada a fase inicial do processo, com a solicitação do Juiz – que por sinal é a única a ser respondida –, serão colhidas provas e informações solicitadas pelo Tribunal de Justiça e, após, os representantes das partes, dos Estados e das Instituições envolvidas no processo podem debater, em audiência pública, acerca das questões levantadas pelo juiz nacional.

O artigo 23-A do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia prevê ainda a possibilidade de uma tramitação acelerada, nos casos relativos ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça¹⁶².

Ao final, proferida sentença pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, esta tem efeito tão somente naquele caso concreto e pode ser sucedida de novo reenvio, caso o Juiz Nacional perceba a existência de novos esclarecimentos necessários à boa solução do processo em concreto. Por outro lado, na Jurisprudência do TJUE encontram-se casos em que tais questionamentos são dispensados pela existência de outros casos idênticos.

Deste modo, observa-se que, em sua essência, o Reenvio Prejudicial possui similitudes com o Mandado de Injunção utilizado no Direito Brasileiro, eis que tem por objetivos primordiais a interpretação ou a aferição da validade do Direito da União num caso em concreto, fazendo com que tenha características claras de controle de constitucionalidade difuso.

2.3 A AÇÃO POR INCUMPRIMENTO COMO MÉTODO DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA PELOS ESTADOS-MEMBROS

Noutro norte, a ação por incumprimento se encontra descrita nos artigos 258^o a 260^o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁶³ e se constitui como um

¹⁶² Artigo 23.º-A O Regulamento de Processo pode prever a tramitação acelerada de certos processos e a tramitação urgente dos pedidos de decisão prejudicial relativos ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça. Nos processos referidos no parágrafo anterior, pode-se prever um prazo para a apresentação das alegações ou observações escritas mais curto do que o estabelecido no artigo 23.º, e, em derrogação do disposto no artigo 20.º, quarto parágrafo, que o processo seja julgado sem conclusões do advogado-geral. A tramitação urgente pode prever, além disso, a limitação das partes e outros interessados referidos no artigo 23.º, autorizados a apresentar alegações ou observações escritas e, em casos de extrema urgência, que não se realize a fase escrita. IN: UNIÃO EUROPEIA. **Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia** (versão consolidada).

¹⁶³ “Artigo 258.o Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Artigo 259.o Qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados. Antes de qualquer Estado-Membro introduzir recurso contra outro Estado-Membro, com fundamento em pretenso incumprimento das obrigações que a este incumbem por força dos Tratados, deve submeter o assunto à apreciação da Comissão. A Comissão formulará um parecer fundamentado, depois de os Estados interessados terem tido oportunidade de apresentar, em processo contraditório, as suas observações escritas e orais. Se a Comissão não tiver formulado parecer no prazo de três meses a contar da data do pedido, a falta de parecer não impede o recurso ao

importante meio contencioso presente na ordem jurídica da União Europeia destinado a aferir o cumprimento das obrigações de seus Estados-Membros, por ação ou por omissão, decorrentes do direito da União Europeia.

Com efeito, o incumprimento se encontra descrito no artigo 258º TFUE como o não cumprimento pelos Estados-Membros das “obrigações decorrentes do direito da UE (originário e derivado), podendo fundar-se numa ação ou numa omissão. Tal sucede porque há uma necessidade imanente de conformar o direito interno com o direito da UE, justificando a existência de um mecanismo que vigie essa conformidade na medida em que o escopo fundamental de uma ação por incumprimento é dar prossecução aos interesses da UE potenciando uma interpretação e aplicação conformes do direito da União”¹⁶⁴, resultando “1) da aprovação, adoção e manutenção, no ordenamento jurídico do Estado infrator, de medidas legislativas, administrativas, regulamentares ou jurisdicionais incompatíveis com o direito da UE, ou 2) da inexecução ou da execução incompleta ou tardia de obrigações decorrentes do ordenamento jurídico europeu”¹⁶⁵.

Registra-se que o entendimento quanto ao “incumprimento” não compreendendo apenas as violações de disposições de Tratados, mas também “dos regulamentos, diretivas, decisões e outros atos vinculativos adotados pelas instituições na conformidade dos Tratados; dos princípios essenciais da ordem jurídica da União e, designadamente, dos respeitantes à salvaguarda dos direitos fundamentais; das próprias decisões do Tribunal de Justiça; das disposições dos tratados concluídos pela União com terceiros países que, vinculando-

Tribunal. Artigo 260.o 1. Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal. 2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária. Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 259.o 3. Quando propuser uma ação no Tribunal ao abrigo do artigo 258.o, por considerar que o Estado-Membro em causa não cumpriu a obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma diretiva adotada de acordo com um processo legislativo, a Comissão pode, se o considerar adequado, indicar o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar por esse Estado, que considere adaptado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar o incumprimento, pode condenar o Estado-Membro em causa ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, no limite do montante indicado pela Comissão. A obrigação de pagamento produz efeitos na data estabelecida pelo Tribunal no seu acórdão” IN: UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. (Versão compilada).

¹⁶⁴ ABREU, Joana Covelo de. Ação por Incumprimento. In: BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira. CAMISÃO, Isabel. ABREU, Joana Covelo de. **Enciclopédia da União Europeia**. Lisboa. Petrony, 2017, p. 17

¹⁶⁵ ABREU, Joana Covelo de. Ação por Incumprimento. In: BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira. CAMISÃO, Isabel. ABREU, Joana Covelo de. **Enciclopédia da União Europeia**. Lisboa. Petrony, 2017, p. 17

a, obrigam igualmente os Estados-Membros – art.217º, nº2; e, em geral, de qualquer norma decorrente das diversas fontes de direito da União”¹⁶⁶.

Ademais, pode ocorrer tanto em caso de ação, ou seja, quando o Estado-Membro produz legislação nacional de forma não condizente com o direito da União Europeia, ou de forma omissiva, quando o ente não legisla, ou o faz de forma insuficiente ou inadequada.

Neste sentido, Joana Covelo de Abreu afirma que quando o Estado-Membro deixa de executar a obrigação de transposição da norma, conforme imposto pelo Direito da União Europeia, os problemas iniciam-se na visualização da efetivação do incumprimento, eis que, na ausência de um prazo específico para este cumprimento, o TJUE acaba por ter que se basear em conceitos abstratos para da razoabilidade de tempo, o que deve ser feito caso a caso¹⁶⁷.

No que tange a este incumprimento, ou violação conforme o enfoque analisado, há ainda que se focar na relevância do ato, se no chamado direito primário, como o Tratado da União Europeia (TUE) e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) ou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) ou um direito derivado, como os direitos fundamentais e a jurisprudência do TJUE¹⁶⁸.

Ademais, deve ser analisado de forma iminente objetiva, haja vista que a ausência de culpa ou a existência de força não impedem a Comissão Europeia possa considerar e, mais tarde, o Tribunal de Justiça possa declarar, que um Estado-Membro descumpriu Direito da União Europeia.

Baseado nisso, a doutrina aponta como objetivos primordiais da Ação por Incumprimento, baseados nos princípios outrora indicados e na caracterização de violação pelo Estado-Membro do Direito da União Europeia, a compreensão dos objetivos da integração europeia pelos Estados-Membros por meio da vinculatividade dos acórdãos, buscando uma uniformização da interpretação das obrigações previstas nos Tratados e, ainda, a aplicação de um elemento persuasivo ao Estado infrator¹⁶⁹.

¹⁶⁶ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; PEREIRA, Antônio Pinto. **Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia.** p. 554.

¹⁶⁷ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento:** A inércia do legislador e suas consequências. p. 47

¹⁶⁸ FREITAS, Silvine Meneghetti de. **Ação por incumprimento:** um mecanismo processual da União Europeia inspirando o processo do MERCOSUL. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Maria. p. 14.

¹⁶⁹ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento:** A inércia do legislador e suas consequências, p. 21 a 31

Portanto, pode-se dizer que a ação por incumprimento tem por finalidade garantir o cumprimento das obrigações decorrentes do direito da União pelos Estados-Membros, que podem ser subsidiariamente condenados a uma sanção pecuniária se não cumprirem as determinações do TJUE nos prazos fixados.

E tal ação tem importância no cumprimento dos objetivos principiológicos e legais da União Europeia, enquanto bloco de união entre os Estados-Membros, haja vista que a inexistência de mecanismos jurídicos eficientes para que os Estados cumpram suas obrigações acordadas nos tratados pode fazer destes inúteis do ponto de vista prático, ocasionando o desrespeito ao Direito da União historicamente conquistado.

No entanto, a ação de incumprimento tem um desenvolvimento procedimental bem típico, não encontrando correspondente no direito processual brasileiro, apesar dos seus procedimentos obedecerem às regras do processo¹⁷⁰.

Nesta ação, busca-se a realização do importante princípio da primazia do Direito da União, não obstante os Estados-Membros, ainda que em detrimento de eventual norma nacional circunstancialmente mais benéfica por algum ponto de vista não possa impor ao descumprimento das normas europeias, das quais o Estado optou por cooperar.

A ação por incumprimento é proposta contra os Estados-Membros não cumpridores das obrigações assumidas pelos tratados. Estado-Membro é aqui entendido como “o conjunto de órgãos que constituem o poder legislativo, o poder executivo (a administração central ou descentralizadora) e o poder judicial, assim como as várias entidades que devam ser incluídas na categoria de organismos públicos que, gozando embora de existência jurídica autónoma, estão ligados ao Estado por relações ou vínculos tão estreitos que permitam considera-los como fazendo parte da organização estatal”¹⁷¹.

Têm legitimidade para propor a ação a Comissão (art. 258º do TFUE) e os Estados-Membros (art. 259º do TFUE), sendo que, no primeiro caso, a tramitação se iniciará com uma fase pré-contenciosa em que o Estado-Membro incumpridor recebe primeiramente uma carta de notificação na qual é formalmente intimado a cumprir as obrigações decorrentes da ordem

¹⁷⁰ TAVARES, Fernando Horta. **A Ação Por Incumprimento e sua Exequibilidade no Espaço supranacional**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), 2002. p. 52.

¹⁷¹ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; PEREIRA, Antônio Pinto. **Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia**. p.451.

jurídica europeia em determinado prazo, sendo assim oportunizada a resolução do ponto conflitante antes de qualquer pronunciamento judicial, por meio da supressão de incumprimento, mas ainda garantindo o direito de defesa¹⁷².

Neste momento, a Comissão determina quais medidas devem ser tomadas pelo Estado-réu, eis que identifica o incumprimento – por ação ou omissão –, indicando as normas europeias violadas, demonstrando assim ao Estado-Membro notificado que se encontra em efetivo incumprimento e permitindo que, no prazo fixado, seja apresentada justificativa que obste o alegado¹⁷³.

Destarte, após apresentadas as observações do Estado-Membro, a Comissão terá três conclusões possível:

- Entende que os argumentos invocados pelo Estado-Membro não colhem e que o mesmo está a violar as normas dos Tratados como tinha concluído aquando da notificação;
- Conclui que o Estado-Membro não se encontra em incumprimento;
- Verifica que o Estado-Membro se encontra em incumprimento mas não por referência aos elementos que lhe indicou na carta de notificação¹⁷⁴.

Assim, feitas eventuais renovações de cartas de notificações e verificado que o Estado-Membro encontra-se em incumprimento, a Comissão emitirá o competente parecer fundamentado, disposto no artigo 258º do TFUE, identificando precisamente as razões de fato e de direito que justificam a violação ao Direito da União Europeia¹⁷⁵.

Ao final, conforme ensinamentos de Joana Covelo de Abreu:

Se o Estado-Membro mantiver o seu incumprimento depois de emanado parecer fundamentado e depois de decorrido o prazo aí determinado, a Comissão tem a faculdade de mover ação perante o Tribunal de Justiça,

¹⁷² ABREU, Joana Covelo de. Ação por Incumprimento. In: BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira. CAMISÃO, Isabel. ABREU, Joana Covelo de. **Enciclopédia da União Europeia**. pp. 16/19.

¹⁷³ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: A inércia do legislador e suas consequências, pp. 65/66.

¹⁷⁴ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: A inércia do legislador e suas consequências, p. 67.

¹⁷⁵ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: A inércia do legislador e suas consequências, p. 68.

8cando à sua disposição o momento em que procederá à apresentação da respetiva petição inicial¹⁷⁶.

Veja-se que não é possível particulares terem legitimidade *ad causam* para dar início a um processo por incumprimento, podendo apenas formular queixa por incumprimento à Comissão¹⁷⁷.

Por outro lado, um Estado-Membro também poderá iniciar uma ação por incumprimento contra outro Estado-Membro, enviando uma queixa à Comissão, com a justificativa para a demanda, o que possibilita o conhecimento da comissão e eventual ação relacionada ao assunto, bem como a emissão – ou não – de parecer fundamentado pela Comissão. Neste caso, se não houver a emissão do parecer em três meses, o Estado queixoso poderá apresentar a ação por incumprimento diretamente perante o Tribunal de Justiça¹⁷⁸.

2.3.1 Os efeitos da ação por incumprimento

Após a regular tramitação da Ação por Incumprimento junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), será proferido um acórdão em que se decidirá se o Estado-Membro demandado agiu ou se omitiu em desconformidade com o ordenamento jurídico invocado.

No caso de se concluir pela inexistência de incumprimento, o processo deve ser arquivado, de modo a que o Estado inocente não possa ser novamente demandado com base no mesmo objeto e contra as mesmas partes.

Em contrapartida, caso o acórdão declare a existência de incumprimento, o TJUE reconhecerá o incumprimento relatado pela Comissão ou por um Estado-Membro, não determinando, *a priori*, quaisquer medidas a serem adotadas para cessar o ato ou omissão.

Por este motivo retroagirá à data em que o incumprimento foi cometido, ainda que haja exceções, como no Acórdão C-35/97 (Comissão/França)¹⁷⁹.

¹⁷⁶ ABREU, Joana Covelo de. Ação por Incumprimento. In: BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira. CAMISÃO, Isabel. ABREU, Joana Covelo de. **Enciclopédia da União Europeia**, p. 19.

¹⁷⁷ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: A inércia do legislador e suas consequências. p. 166.

¹⁷⁸ ABREU, Joana Covelo de. Ação por Incumprimento. In: BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira. CAMISÃO, Isabel. ABREU, Joana Covelo de. **Enciclopédia da União Europeia**, p. 19.

¹⁷⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 24 de setembro de 1998, Processo n° C-35/97, Comissão das Comunidades Europeias/República Francesa. Disponível em:

Por fim, fará coisa julgada, impondo ao Estado-Membro a deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, como descrito no artigo 260º do TFUE¹⁸⁰.

Portanto, o primeiro Acórdão que confirmar a existência de incumprimento terá triplo efeito: declaratório, retroativo, vinculativo. Declaratório, na medida em que “limita-se, pois, a reconhecer o incumprimento denunciado pela Comissão ou por um Estado-Membro”¹⁸¹, retroativo, quando produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à data do incumprimento, bem como vinculativo, eis que impõe ao Poder Legislativo nacional promova o cumprimento da decisão.

Nesta situação, quando há inexecução do acórdão pelo demandado, a Comissão pode submeter o caso à apreciação do TJUE, numa segunda ação por incumprimento (art. 260º, nº 2, do TFUE), na qual se poderá impor sanções ao Estado descumpridor de modo a garantir o cumprimento do novo acórdão.

Ressalta-se que o acórdão do TJUE não tem o condão de alterar decisões proferidas pelo Juízo interno, uma vez que este não se caracteriza neste caso como um tribunal recursal, nem possui jurisdição que a justifique, agindo, portanto, como Tribunal de declaração quanto ao cumprimento – ou não – da obrigação aceita pelo Estado.

Já o segundo Acórdão, no caso de repetição da ação de incumprimento, terá ainda o efeito condenatório, com a “aplicação de uma medida complementar indiretamente executiva, com intuítos de persuasão e dissociação, visando coagir economicamente o Estado incumpridor a executar a decisão do TJUE¹⁸²”.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d54f79f20789bf44728928ff6d9f6b5873.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbxr0?text=&docid=44111&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=25248> Acesso em: 24 jun. 2019.

¹⁸⁰ Artigo 260.o 1. Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal. 2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária. Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 259.o 3. Quando propor uma ação no Tribunal ao abrigo do artigo 258.o, por considerar que o Estado-Membro em causa não cumpriu a obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma diretiva adotada de acordo com um processo legislativo, a Comissão pode, se o considerar adequado, indicar o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar por esse Estado, que considere adaptado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar o incumprimento, pode condenar o Estado-Membro em causa ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, no limite do montante indicado pela Comissão. A obrigação de pagamento produz efeitos na data estabelecida pelo Tribunal no seu acórdão. IN: UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. (Versão compilada).

¹⁸¹ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; PEREIRA, Antônio Pinto. **Manual de Direito Europeu**: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento econômico da União Europeia. p. 463.

¹⁸² MACHADO, Jonatas. **Direito da União Europeia**. 2 ed. Coimbra Editora. Coimbra, 2014. p. 566.

Neste caso, entende-se que podem ser aplicadas, em conjunto ou separadamente, dois tipos de sanções: Uma quantia fixa, definida de acordo com as exigências do caso, e/ou uma sanção pecuniária compulsória, que pode corresponder a uma quantia progressiva, por cada dia de atraso no incumprimento da decisão do TJ, a partir da data da respetiva prolação.

Destarte, é da Comissão a competência para aferir a natureza e montante de sanções a aplicar, assim como na circunstância de cobrança destas sanções, haja vista a sua competência institucional como responsável pelo cumprimento dos Tratados¹⁸³ e por sua função na execução orçamental¹⁸⁴.

Vê-se, portanto, que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem exercido um típico controle de constitucionalidade quando da análise da Ação por Incumprimento, haja vista possuir similitudes evidentes com o controle realizado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão do Direito Brasileiro, ao passo que ambos pretendem, numa visão sumária, o cumprimento pelo Legislador da sua obrigação de bem regulamentar a norma explicitada conforme descrito na norma principal.

Entretanto, até que ponto tais medidas são suficientes na prática para obrigar que o Estado-Membro cumpra a determinação emanada pelo TJUE? Por sua vez, o Tribunal de Justiça, por meio da Comissão Europeia, consegue efetivamente cumprir a função da Ação por Incumprimento, enquanto meio válido para a supressão de omissões legislativas dos Estados-Membros da legislação do bloco?

Destarte, na medida em que já se delimitaram o contexto brasileiro e do bloco europeu para o tema em foco, já é possível se passar à abordagem da efetividade e suficiência dos métodos ora descritos para fiscalização de constitucionalidade por omissão em perante a necessária tutela jurisdicional dos direitos fundamentais na sua esfera Federal. Este será o foco do capítulo final este trabalho.

¹⁸³ Artigo 17.o 1 TUE. A Comissão promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para esse efeito. A Comissão vela pela aplicação dos Tratados, bem como das medidas adotadas pelas instituições por força destes. Controla a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia. A Comissão executa o orçamento e gere os programas. Exerce funções de coordenação, de execução e de gestão em conformidade com as condições estabelecidas nos Tratados. Com exceção da política externa e de segurança comum e dos restantes casos previstos nos Tratados, a Comissão assegura a representação externa da União. Toma a iniciativa da programação anual e plurianual da União com vista à obtenção de acordos interinstitucionais. IN: UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia** (Versão compilada).

¹⁸⁴ Artigo 317.o TFUE A Comissão executa o orçamento em cooperação com os Estados-Membros nos termos da regulamentação adotada em execução do artigo 322.o, sob sua própria responsabilidade e até ao limite das dotações aprovadas, de acordo com os princípios da boa gestão financeira. Os Estados-Membros cooperarão com a Comissão a fim de assegurar que as dotações sejam utilizadas de acordo com os princípios da boa gestão financeira. IN: UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. (Versão compilada).

Capítulo 3

3.1 O PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL EM SISTEMAS DE BASE FEDERATIVA E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.2 O SISTEMA DE BASE FEDERATIVA E AS CARACTERÍSTICAS A ELE INERENTES

No contexto do Estado Constitucional, são vários os enfoques possíveis para a análise da organização e estruturação estatal através dos tempos e conforme os interesses institucionais daqueles que detêm o Poder, se destacando a análise da Forma de Estado, Forma de Governo e o sistema deste Governo.

No que se refere ao primeiro caso, observa-se certa unicidade na doutrina ao definir que “os Estados Moderno e Contemporâneo têm assumido, basicamente, duas formas: a forma federada (ou federativa como consta da Constituição brasileira), quando se conjugam vários centros de poder autônomo, e a forma unitária, caracterizada por um poder central que conjuga o poder político¹⁸⁵”.

Por sua vez, à título de conceituação da forma unitária, descreve Paulo Bonavides¹⁸⁶:

Das formas de Estado, a forma unitária é a mais simples, a mais lógica, a mais homogênea. A ordem política, a ordem jurídica e a ordem administrativa se acham aí conjugadas em perfeita unidade orgânica, referidas a um só povo, um só território, um só titular do poder público de império.

Caracteriza-se, desta forma, num modelo iminentemente centralizador do ponto de vista das decisões político-administrativas, por meio de uma unidade político-territorial que se subordina a um Poder central sem possibilidade de autonomia e de difícil acesso ao órgão superior.

Quanto ao Estado Federal, por sua vez, desde as origens se contrapõe à forma absolutista do Estado Unitário, centralizador e normalmente despótico, pois é exatamente

¹⁸⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.158.

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 189.

descentralizador, viabilizado por meio de uma legislação político e socialmente definidas pela coletividade devidamente representada e voltada para esta participação popular, proteção dos direitos fundamentais, entre outros.

Nas palavras de Geraldo Ataliba¹⁸⁷:

Exsurge a Federação como a associação de Estados (foedus, foederis) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela 'autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal' (Sampaio Dória), caracterizadora dessa igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambos extraem suas competências da mesma norma (Kelsen). Daí cada qual ser supremo em sua esfera, tal como disposto no Pacto Federal (Victor Nunes).

Ainda que haja similitudes que possam aproximar o modelo Federal das Polis gregas, o conceito mais fiel do federalismo como conhecemos está no dos Estados Unidos da América, num contexto de pós-revolução federalista, em 1776, criando-se uma confederação com vistas a garantir a recente independência das colônias britânicas por meio de um Tratado.

O problema daquele novo modelo era que cada entidade componente da confederação mantinha a sua soberania, o que enfraquecia o pacto. As deliberações dos Estados Unidos em Congresso nem sempre eram cumpridas, e havia dificuldades na obtenção de recursos financeiros e humanos para as atividades comuns. Além disso, a confederação não podia legislar para os cidadãos, dispondo, apenas, para os Estados. Com isso não podia impor tributos, ficando na dependência da intermediação dos Estados confederados. As deliberações do Congresso, na prática, acabavam por ter a eficácia de meras recomendações. Não havia, tampouco, um tribunal supremo, que unificasse a interpretação do direito comum aos Estados ou que resolvesse juridicamente diferenças entre eles¹⁸⁸.

Assim, com o fim de aprimorar esta nova face do Estado Constitucional ora nascido, foi então criado o modelo Federal, em 1787, por meio da chamada "Convenção da Filadélfia", na qual aqueles Estados abriam mão de sua soberania em favor da União, mas mantinham sua autonomia e representatividade perante aquele.

¹⁸⁷ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 10.

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p 952

Num breve destaque, percebe-se que são institutos diversos a federação da confederação pois, enquanto naquela o poder político é dividido em uma ordem central e várias ordens locais detentoras de autonomia, nesta, os Estados independentes submetem-se a um pacto de convivência, havendo, ao contrário da federação, pluralidade de soberanias¹⁸⁹.

Resolvendo o tema, retiram-se das palavras de Alessandra Silveira que:

Os sistemas federativos integram uma pluralidade de ordenamentos jurídicos – o que transposta a ideia de convivência de várias entidades políticas autônomas das quais as normas são a expressão e instrumento. E o problema nuclear de qualquer sistema federativo é justamente a delimitação das competências – pois a autonomia e as normas que a expressão hão de produzir-se a partir das competências distribuídas pelo supra-ordenamento constitucional. Nesta ordem de ideias, García de Enterría explica que a primordial função de uma Constituição (enquanto supra-ordenamento) num sistema federativo é distribuir os espaços onde cada organização autónoma exerce as suas próprias competências normativas – donde decorre que a validade de todo o direito produzido pelos entes que integram um sistema federativo depende da sua conformidade com o supra-ordenamento constitucional que a todos vincula. A unidade jurídico-política de um ordenamento composto reside na subordinação de cada ordenamento parcial (União e Estados-Membros) ao supra-ordenamento constitucional¹⁹⁰.

Neste contexto, portanto, observa-se que dois são atributos imprescindíveis a um Estado Federado: a soberania da Federação e a autonomia do Estado-Membro.

Enquanto a soberania se traduz no “poder de autodeterminação plena, não condicionada a nenhum outro poder, externo ou interno”, por outro lado, a autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder, num âmbito geral, permitido aos Estados a execução das Leis gerais, mas ainda a criação de normas conforme os interesses locais, inclusive por meio da elaboração de uma Constituição local – ainda que esta seja restrita a limitações impostas pela Lei magna Federal. Isso resulta em que se perceba no Estado Federal uma dúplice esfera de poder normativo sobre um mesmo território e sobre as pessoas que nele

¹⁸⁹ RIBEIRO FILHO, João Costa. **União Europeia: federação ou confederação?** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Recife. 2003, p. 85.

¹⁹⁰ SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo)**, p. 16.

se encontram, há a incidência de duas ordens legais formadas pela da União e os Estados-Membros, num contexto de autogoverno e autoadministração¹⁹¹.

Neste liminar, aponta Alexandre de Moraes¹⁹² que o Estado federal ou federativo se alinha com os princípios da autonomia e da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade, que nascem de uma decisão do legislador constituinte, que busca formar um Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-Membros, definindo fundamentos básicos para a sua promoção.

Por fim, não se pode deixar de frisar a importância do elemento da liberdade, do qual se fundamenta em grande parte a visão norte americana do federalismo, pois é limitada pelos próprios parâmetros que definem este modelo federalista, os quais por sua vez são desdobrados em três aspectos¹⁹³: i) A soberania ainda que exercida pela União, é partilhada pelas unidades federadas na proporção da representação das autonomias na vontade geral; ii) as liberdades devem ser preservadas e as unidades federadas têm autonomia para se autogovernar; iii) não há hierarquia entre as unidades federadas.

A Constituição Federal que garante a presença deste Estado Federal nos Estados-membros, seja pela via legislativa, mas também pelas atribuições administrativas, que variam segundo o modelo da organização federal, e na forma de uma tripartida repartição destes Poderes, pelo Poder Judiciário, com seus tribunais e sobretudo com uma Corte de justiça federal, de caráter supremo, destinada a dirimir os litígios da Federação com os Estados-Membros e destes entre si¹⁹⁴.

Um exemplo disto foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seus artigos 1º¹⁹⁵ e 18¹⁹⁶ demonstram, os preceitos básicos do Estado Federativo brasileiro, bem

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 953

¹⁹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 221

¹⁹³ HAMILTON, Alexandre; JAY, John, MADSON, James. **O federalista**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. p. 233.

¹⁹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁹⁶ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. § 1º Brasília é a Capital Federal. § 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar. § 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais,

como suas subdivisões e a renúncia quanto a determinadas autoridades em favor dos órgãos descentralizados, enquanto o artigo 60, §4º, I¹⁹⁷, a impossibilidade de alteração deste regime.

Assim, nos moldes do apontado acima, neste modelo, há mais de uma ordem jurídica aplicada a determinados território e pessoas, o que determina a adoção de mecanismos que favoreçam a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim, por meio da atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria¹⁹⁸.

Gilmar Mendes delimita os tipos mais comuns de repartição de competência, conforme a concentração de poder do regime de federalismo adotado em cada país:

A concentração de competências no ente central aponta para um modelo centralizador (também chamado centripeto); uma opção pela distribuição mais ampla de poderes em favor dos Estados-membros configura um modelo descentralizador (ou centrífugo). Havendo uma dosagem contrabalançada de competências, fala-se em federalismo de equilíbrio¹⁹⁹.

Outro ponto importante é o modo de repartição os poderes na Constituição Federal. Enquanto na promulgação da Constituição norte americana de 1787 adotou-se o hoje chamado modelo clássico, onde os poderes transferidos aos Estados-Membros não eram especificados, após a primeira Guerra Mundial, tornou-se mais comum a aplicação do chamado modelo moderno, quando se delimitaram competências legislativas exclusivas da união e outras que eram concorrentes ou mistas. Esta é aquela utilizada pela Constituição brasileira de 1988.

Dentro do modelo moderno de repartição dos poderes, há de se destacar ainda que as divisões de competências entre União e Estados-Membros pode ser realizada de forma horizontal ou vertical, sendo o primeiro caso quando não se admite a concorrência de competências entre entes federados, impondo a fixação de quais competências são exclusivas

mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

¹⁹⁷ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** p. 954

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** p. 954

de um ou de outro; ou o segundo, quando a União aborda temas gerais e os Estados as normas específicas²⁰⁰.

Vê-se que no modelo brasileiro, inclusive as subdivisões do Poder Judiciário têm relação direta com esta descentralização haja vista que há um Poder Judiciário Estadual em cada ente, assim como uma Justiça Federal, que têm competência para a análise de matérias afetas ao seu nível de intervenção, existindo ainda o Superior Tribunal de Justiça, como órgão máximo da Justiça Federal.

Ademais, no que tange ao modo de interpretação do federalismo, Pinto Ferreira propõe a seguinte classificação:

- a) o federalismo clássico ou de equilíbrio, que é o federalismo norte americano interpretado segundo a Emenda X da reserva de poderes aos estados-membros;
- b) o federalismo neoclássico, que é o novo federalismo norte-americano, aumentando gradativamente os poderes da União perante os estados-membros, e que é também o atual federalismo brasileiro;
- c) o federalismo racionalizado ou hegemônico, como ocorreu na Constituição social-weimariana e nas vigentes constituições da República Democrática da Alemanha, URSS, Áustria, Canadá e Índia.

Por fim, quanto à normatização do sistema federativo, Machado Horta²⁰¹ explana sobre duas formas: o simétrico e o assimétrico, sendo que o este pressupõe a existência de regra no ordenamento jurídico federal e a criação normativa. No que diz respeito às normas assimétricas, embora sejam de incidência parcial, podem modificar profundamente a estrutura do federalismo simétrico. Um exemplo é a Constituição brasileira²⁰², que traz município e Distrito federal como entes.

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 956.

²⁰¹ HORTA Raul Machado. **Reconstrução do federalismo brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, 1981.

²⁰² Art. 18 da CRFB/88. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. § 1º Brasília é a Capital Federal. § 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar. § 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Assim sendo, na estrutura do federalismo simétrico subsiste um ordenamento jurídico central, sede das normas centrais do Estado Federal, bem como de disposições jurídicas parciais que são responsáveis pelas normas federais da União e pela localização dos Estados-Membros, organizados e vinculados pela Constituição Federal²⁰³.

Não se pode olvidar, entretanto, que tais fenômenos não podem ser analisados como estruturas estáticas, formadas com o próprio Estado, mas como um processo que se desenvolve baseado em vários resultados, pois tendem a uma evolução natural pelo qual o federalismo se manifesta, sem ainda assim perder as suas características essenciais²⁰⁴.

3.2.1 O Estado federal brasileiro

Partindo-se da premissa de que cada país moldou e adotou formas do modelo federal para o Estado nacional, conforme o contexto histórico-social local, impõe-se vislumbrar as similitudes do Estado brasileiro neste limiar.

A primeira Constituição escrita do Brasil foi promulgada em 1824, logo após a independência de Portugal e teve como novidade a delegação de poderes administrativos às províncias, todavia, sem lhes dar efetiva autonomia, mas promovendo o primeiro passo para a criação de uma futura federação.

Mas, sob forte influência do jurista Ruy Barbosa, adotou-se o sistema federalista no Brasil juntamente com a consolidação do movimento republicano na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891²⁰⁵, que trazia consigo alguma identidade à norma norte americana ao apresentar um novo sistema de governo e de organização estatal como um todo, que buscava afastar o Estado da monarquia então vigente e recentemente dissolvida²⁰⁶.

²⁰³ HORTA Raul Machado. **Reconstrução do federalismo brasileiro**

²⁰⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial.

²⁰⁵ Art. 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. Art. 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte. IN: BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em: 25 mar. 2020.

²⁰⁶ Art. 1º - Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - a República Federativa. Art. 2º - As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil. IN: BRASIL. **Decreto nº1, de 15 de novembro de 1889**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm Acesso em: 25 mar. 2020.

Naquele momento, cada Estado-Membro se organizava conforme a carta magna e princípios constitucionais da União (art. 63), mas possuíam grande liberdade, podendo, inclusive, se incorporarem, subdividirem ou desmembrarem uns aos outros (art. 4º), muito em razão da força política dos Estados de Minas gerais e São Paulo, num movimento que ficou conhecido como “café com leite”, e foi preponderante para a reforma constitucional de 1926²⁰⁷.

Todavia, o modelo federativo teve uma série de impasses na sua história brasileira, eis que várias foram as mudanças de visão política do Estado nacional, que oscilou entre governos liberais e ditaduras.

Em razão do aumento do poder daquelas oligarquias que dominavam o cenário político-econômico da época, com o conseqüente descontentamento gerado pelo pelas disputas entre os Estados e das elites sociais acabaram por dar margem para o início da chamada “era Vargas”, na qual, apesar da manutenção do termo “federativo” no conceito da nação, observou-se grande centralização do Poder, externado pela Constituição de 1934 e mais fortemente por meio da carta de 1937.

Após o retorno do regime democrático, uma nova Constituição foi escrita, a de 1946, restituiu-se a federação constitucional, já por influência de ideais liberais e a descentralização do poder, com uma reorganização dos partidos políticos e a extensão dos direitos sociais, iniciando-se de vez o processo de transformação do modelo brasileiro num federalismo contemporâneo²⁰⁸.

Ocorre que, em 1964, o Golpe Militar colocou o Brasil na rota dos regimes autoritários que passaram a governar a América Latina nos anos 1960. A nova Constituição do regime só foi promulgada em 1967.

Esta carta novamente centralizou o poder na esfera federal, mas entretentes manteve alguma atuação de governadores e prefeitos, além de ter trazido importantes reformas relacionadas, sobretudo à transferência de recursos entre os entes estatais.

Logo, vê-se que, como se vislumbra das palavras de Machado Horta, o federalismo brasileiro viveu tempos em um modelo híbrido, que não atingia, em qualquer meio, sua plenitude:

²⁰⁷ Alcinha dada ao pacto entre Minas e São Paulo da década de 1930 .BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**:1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001. p. 49/61.

²⁰⁸ CLÊVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Forum. 2014. p. 214

A forma federal de Estado pressupõe a existência de requisitos que lhe definem a fisionomia no quadro das formas estatais. A forma híbrida – federal e unitária ao mesmo tempo – equivale a um aleijão que torna irreconhecível a criatura assim concebida. A reconstrução do federalismo brasileiro impõe a eliminação desse hibridismo para que das cinzas dessa destruição possam renascer as instituições de um federalismo renovado e vigoroso. A tarefa de reconstrução reclama a modernização do edifício federal, sem o sacrifício iconoclasta das fontes permanentes da concepção federal brasileira, e assim o novo federalismo constitucional se converterá em instrumento duradouro do desenvolvimento político, cultural, econômico e social da nação brasileira²⁰⁹.

Foi assim, que pela Constituição de 1988, a federação brasileira foi reconstruída, apresentando-se um projeto com maior importância legislativa e administrativa aos Estados, alterando a distribuição de recursos e trazendo-lhes maior autonomia.

A chamada “Constituição cidadã” possui uma configuração que possui 3 entes: a união, os Estados federados e, ainda, os municípios e o distrito federal.

A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Já Estado Federal, com o nome de República Federativa do Brasil, é o todo, ou seja, o complexo constituído da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, dotado de personalidade jurídica de Direito Público Internacional²¹⁰.

Por meio de um modelo moderno e assimétrico de repartição de competências a carta magna equilibra as funções de cada ente por meio da enumeração de poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes referentes para os Municípios (art. 30). Ainda relaciona poderes exclusivos, privativos e aqueles com possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), além de pontos comuns em que se há possibilidade de atuação paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e demais entes com competência geral para aquele e específica para estes.

²⁰⁹ HORTA Raul Machado. **Reconstrução do federalismo brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, 1981. p. 14-28.

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 491.

3.2.2 A União Europeia: um novo conceito de sistema federativo

A associação das características de uma federação e de uma confederação se faz necessárias para a contextualização do modelo da União europeia, baseado no já exposto modelo “multinível”, ainda que nem essas tenham um conceito definitivo.

Afinal, enquanto as confederações têm por definição serem a união de Estados soberanos, realizada costumeiramente por meio de um Tratado de Direito Internacional, que regula suas diretrizes administrativas e de competências, as federações abrem mão de parte desta soberania em prol de uma união por meio de uma constituição, que regulamenta a organização e a separação dos Poderes de cada membro e a competência entre aquele e estes.

Assim, a natureza jurídica da União Europeia neste contexto apresenta definições de ambos, eis que, como numa federação, vislumbra-se o respeito a princípios como o da subsidiariedade e da primazia do direito da União Europeia (neste caso como equiparado à União), a existência de direitos políticos aos cidadãos dos Estados-Membros, a existência de um Tribunal que se assemelha a um Tribunal Constitucional, e mesmo a diluição de parte da soberania destes Estados-Membros em prol da União Europeia. Mas, por outro lado, de uma confederação se vislumbra a possibilidade de secessão e a existência de pontos de soberania.

No caso específico da União Europeia, a ideia do mercado comum nasceu com a busca de um sistema de transformação econômica, mas também psicológica, no sentido de que a soberania deve ser vista de outra forma, se fundindo com outras soberanias também em evolução, reforçando todas num intento comum, onde as instituições democráticas recebiam a soberania delegada necessária para tal fim²¹¹.

Neste contexto de integração europeia é que se consolidou esta nova estrutura normativa, seja inicialmente com a aproximação das culturas jurídicas e constitucionais dos Estados-Membros, ou com o patrimônio comum que já se adquiria por meio da definição de uma gama de princípios e direitos fundamentais formulados – como visto – pelo trabalho do Tribunal de Justiça da União Europeia e, mais tarde, pelo Tratado da União Europeia²¹².

Sendo assim, afirma Alessandra Silveira:

²¹¹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. Doutrina e jurisprudência. Lisboa: Quid juris. 2009, p. 18.

²¹² SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto (eds). *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, LAECC, Uberlândia/Brasil, 2015.

A União Europeia, como sabemos, não é um Estado (na concepção moderna) mas cria direito como se fosse, isto é, cria normas jurídicas que vinculam obrigatoriamente os Estados-Membros e seus cidadãos. Ou seja: o sistema europeu fundacional enquanto ordem jurídica, ou como um conjunto organizado de normas jurídicas.

[...]

É assim porque a ordem jurídica europeia tem de buscar fundamento/legitimidade num conjunto de normas fundamentais que organize o poder público europeu, a ideia de União de direito aponta necessariamente para aí. Foi o Tribunal de Justiça que deduziu jurisprudencialmente esse princípio da União de direito – um princípio que funciona como 1) limite à actuação das instituições europeias e 2) garantia dos direitos dos particulares afectados pelas disposições europeias²¹³.

Sendo assim, o sistema de governo da União Europeia funciona de forma “multinível” porque a atuação política não se dá apenas pelos Estados-Membros e as instituições europeias, mas por meio de atores transnacionais e comitês regulatórios especializados que tornam este poder decisório fragmentado e interdependente, onde inexistente hierarquia ou liderança formal nos procedimentos decisórios, sendo algo mais sofisticado que o modelo clássico de um Estado federal²¹⁴.

Desta maneira, a União Europeia traçou um modelo bastante próprio, como se vê:

A União Europeia encontrou, através do Tratado de Lisboa, uma alternativa intermédia entre aquilo que a doutrina reconhece como o modelo funcionalista e o modelo federal de competências – ou seja, uma solução que salvaguarda a originalidade e a capacidade adaptativa da União frente aos desafios globalitários, sem prescindir de uma delimitação mais precisa das responsabilidades de cada nível decisório. A exclusiva adopção do modelo federal implicaria avançar para a institucionalização de uma administração federal e de uma jurisdição federal – e converter o TJUE numa instância de recurso das decisões judiciais nacionais; ora, não se foi por aí,

²¹³ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**. Doutrina e jurisprudência. Lisboa: Quid juris. 2009, pp. 26/28.

²¹⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto (eds). *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, LAECC, Uberlândia/Brasil, 2015.

basicamente porque a União não tem a pretensão de repetir o modelo do Estado federal e tem sido capaz de construir algo bastante mais evoluído. Além disso, não havia como evitar que as competências da União continuassem a ser condicionadas pelas finalidades a prosseguir – não só porque esta é a tendência dos sistemas federativos da actualidade (a partir das cláusulas de prossecução do interesse geral), mas sobretudo porque não é possível renunciar a um dos mecanismos técnicos que esteve na base do espetacular desenvolvimento da integração europeia²¹⁵.

Salientando que, apesar do conceito de “soberania” ter sido bastante ressignificado no curso da história, ainda mais com a globalização das relações internacionais, os Estados-Membros da União Europeia ainda devem ser formalmente assim qualificados, característica que não é vista tanto na federação brasileira como na norte americana, por exemplo.

Todavia, ainda que formalmente a União Europeia não se encaixe no formato clássico de uma federação, não se olvida a existência de pontos comuns que aproximam os membros do bloco de Estados Federados, pois estes, ainda que soberanos, demonstram historicamente uma busca comum pela paz mútua e o fortalecimento econômico e social dos seus membros.

Afinal, há uma correlação entre os objetivos da federação com o processo de regionalização do bloco europeu, principalmente após o Tratado de Maastricht.

Desta forma, é necessário se refletir a viabilidade do modelo federalista clássico adotado, de modo a se aferir a sua eficiência econômico-social em relação ao modo de atuação da União Europeia hoje, além do interesse político dos envolvidos em alterarem sua própria tradição governamental em detrimento de um Estado Federal único, haja vista que hoje a força da União Europeia reside exatamente no modelo único ali criado e que se apresenta como a verdadeira fórmula política verdadeiramente pós-moderna existente²¹⁶.

Ademais, a própria evolução do ideal de Federalismo está ligada ao avanço das teorias constitucionais e da existência de Tribunais Superiores que garantam a persecução destes Direitos Fundamentais, dentro de uma união de vontades para um interesse geral, os quais não

²¹⁵ SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia:** da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo), pp. 15/16

²¹⁶ SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia:** da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo)

teriam validade ou aplicação prática se não possuísem um arcabouço jurídico que as justifique e proteja.

Desta maneira, da análise dos modelos atuais, percebe-se uma necessária busca para se garantir a efetividade destes Direitos Fundamentais, por meio da criação de medidas suficientes a garantir seus objetivos.

3.3 A TUTELA JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Direito Constitucional, conforme contexto de Estados Federalistas e das classificações das Constituições – sobretudo quanto à sua forma e rigidez – se consubstancia numa normatização superior do ordenamento jurídico local em que são resguardadas as mais importantes referências à organização política, administrativa, social e demais valores que fundamentam determinado Estado.

Sendo assim, os direitos fundamentais são elementos chave para a estrutura do Estado e da sociedade, eis que firmam os valores para a ordem jurídica e a atuação dos Poderes estatais.

Todavia, Paulo Gustavo Gonet Branco²¹⁷ lembra que a sedimentação dos direitos fundamentais como norma obrigatória é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.

Se, por um lado, o cristianismo tem papel imprescindível à formulação dos direitos fundamentais, ao enfatizar as ideias da dignidade do homem e a necessidade de retidão da conduta com o semelhante, as teorias contratualistas de que o Estado deve servir aos seus cidadãos influenciaram a elaboração de documentos como o *Bill of Rights* de Virgínia, de 1776 e a Declaração de Direitos do homem e do cidadão, de 1789.

Mas com a Declaração Universal de 1948 que a tendência evolutiva da universalização da proteção aos direitos fundamentais do homem ganhou força o suficiente para ser acolhida pelos ordenamentos jurídicos em escala global.

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 135-136

Desde que os direitos fundamentais deixaram de ser apenas teorias filosóficas e passaram a ser positivados por legisladores, ficou superada a fase em que coincidiam com meras reivindicações políticas ou éticas. Os direitos ganharam em concretude, ao se enriquecerem com a prerrogativa da exigibilidade jurídica, da proteção estatal²¹⁸.

Assim vieram uma gama de outros ordenamentos jurídicos nos quais estas ideias se tornaram objetivo de discussão, nas quais se pode relacionar inclusive a Constituição de Weimar, outrora comentada no contexto da evolução também do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, Norberto Bobbio advoga que:

A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade²¹⁹.

Não por mera coincidência, a evolução dos Direitos fundamentais acompanha também a delimitação do Estado Constitucional de Direito, que por sua vez, integra as premissas da federalização estatal.

Neste sentido, pode-se retirar das palavras de Martin Kriele:

Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a potestas desnuda, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo status jurídico seja respeitado pelo titular da competência. Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos

²¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 157

²¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 4.

direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição²²⁰.

Porém, a história dos direitos fundamentais teve outros enfoques, não apenas com a positivação de direitos chamados de “primeira geração”, ou seja, aqueles que postulavam a liberdade do cidadão em detrimento da atuação estatal, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio, em que não se abrigavam interesses sociais, mas sim o respeito à vida particular do indivíduo.

Com a progressiva necessidade de se proteger interesses sociais da população e, por consequência, a imposição de obrigações positivas, foram sendo incluídos os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos, como a assistência social, saúde, educação, trabalho e lazer²²¹.

Noutro momento histórico começou-se a elaborar normatizações relativas aos ditos direitos de terceira geração, nos quais se protegem a coletividade, se exemplificando pelo direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente sustentável e a proteção ao patrimônio histórico e cultural.

Há autores que referem ainda a existência de uma nova categoria, de quarta geração, que permeia a proteção de direitos mais amplos, como a engenharia genética²²² e a democracia popular, pluralismo e a informação²²³.

Mas não se olvida que a delimitação em gerações dos direitos fundamentais não tem o condão de influenciar na sua importância ou na sua indivisibilidade, eis que os direitos e garantias interagem entre si e vão sendo criados e aprofundados conforme o momento histórico em que são analisados, sendo esta contextualização um fator importante para a sua identificação e repercussão.

Assim, ainda que formalmente a fundamentalidade do direito se refira à sua positivação no sistema constitucional, estando, portanto protegidos, materialmente, se referem ao seu

²²⁰ KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del Estado*. Tradução de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980., pp. 159/160 In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 427.

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. P. 137

²²² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 6.

²²³ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 362/364.

conteúdo em relação à estrutura estatal, circunstâncias sociais e culturais do momento considerado.

Neste ponto, descreve José Afonso da Silva que os direitos fundamentais designam, “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive²²⁴”.

De qualquer modo, a própria definição dos direitos fundamentais prescinde a observância de que se trata de um direito cuja valoração de ordem objetiva reflete a sua compreensão e a atuação no ordenamento jurídico, prescindindo a sua análise em relação à toda a sociedade e não apenas ao indivíduo²²⁵.

Esta valoração, conforme se verá, determina a verificação de algumas características que costumam ser associadas à fundamentalidade de determinado direito, ainda que não sejam preponderantes à sua verificação.

Um ponto que costuma ser objeto de discussões é a universalidade dos direitos fundamentais, na medida em que se entende que todas as pessoas são titulares destes direitos básicos e que a qualidade de ser humano é a única e irrestrita condição à sua adequação, ainda que alguns dependam da concorrência de determinada característica, como se exemplifica pela a maioria civil.

Com isso, o legislador quis privilegiar determinados pontos que satisfazem as necessidades do homem, ainda que dentro de uma posição social. A fundamentalização desses direitos implica reconhecer que determinados objetivos vitais de algumas pessoas têm tanta importância como os objetivos básicos do conjunto dos indivíduos²²⁶.

Pode-se afirmar como condição ao um direito fundamental o fato de ser inalienável, ou seja, desconsidera-se qualquer possibilidade de atos de disposição, de modo que não admite

²²⁴ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 163-164.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/prof-marinoni-marinoni-o-direito-%c3%80-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>_Acesso: 02 abr. 2020.

²²⁶ SANCHÍS, Luís Prieto. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1994, p. 82. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017

que, nas palavras de Martínez-Pujalte²²⁷, o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente, ou seja, torne nula qualquer tentativa de alienação destes direitos pela ilicitude desta conduta.

Por outro lado, ainda que sejam inalienáveis, ou indisponíveis, não se pode desconsiderar que o seu exercício não é necessariamente irrestrito, sob pena de se correr o risco de se infringir outro direito de si ou de outrem, tornando os direitos a serem restringidos em favor da finalidade da ordem constitucional vigente.

Outro ponto é a característica de serem absolutos, no sentido de superioridade quanto a hierarquia jurídica, prioridade e de não tolerarem restrição, principalmente por outrem.

Todavia, este ponto também prescinde uma análise mais aprofundada quando da sua interpretação no caso em concreto, pois como já apontado acima, os direitos ainda que fundamentais podem ser objeto de limitações para atingir-se o objetivo do texto constitucional, sobretudo caso em estejam em desacordo com outros valores constitucionais. Assim, há de se considerar que a ideia de que “não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos²²⁸”.

Destarte, além de hierarquicamente destacado, um direito fundamental deve ter aplicabilidade imediata, de modo que desde a sua recepção no direito positivo, deve ser objeto de análise pelo legislador e julgador, devendo interpretar o conjunto normativo baseado naquele preceito.

3.3.1 Ações constitucionais como instrumento para proteção judicial dos direitos fundamentais

Deste modo, partindo-se da premissa já explanada de que os direitos fundamentais encontram-se dispostos no mais alto grau do conjunto normativo e que, esta ordem constitucional, por sua vez, é o eixo central de uma construção de base federação cujo objetivo é a descentralização do poder que depende de uma base legal que a mantenha unida, deve-se

²²⁷ MARTÍNEZ -PUJALTE, Antonio Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 87.

²²⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. p. 86.

perceber que as normas constitucionais dependem de uma boa aplicação para a concretização do seu intento.

Por isso que, como afirma Alexy²²⁹ as normas infraconstitucionais acabam por ter um papel importante para a densificação e a concretização destes direitos.

Assim, a atividade político-legislativa deve ser cumprida visando garantir o atendimento conteúdo programático da ordem constitucional, conforme apontado no capítulo anterior, por meio da criação de Leis que estejam de acordo com tais premissas e evitando a manutenção de omissões legislativas relevantes.

Nesta senda, Luís Roberto Barroso afirma:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador²³⁰.

Desta maneira, resta evidenciada a importância da criação de normas que alcancem o objetivo proposto pelo legislador constitucional quanto aos direitos fundamentais ali dispostos, cabendo, no caso de omissões, a realização de um efetivo controle judicial.

Não são poucos os casos que a doutrina indica a necessidade de uma norma ordinária que discipline o texto constitucional²³¹. São exemplos, no caso da Carta Magna Brasileira, a existência de Leis que abordem o direito de propriedade material e intelectual, do direito de sucessões (CF, art. 5º, XXII -XXXI), no âmbito da proteção ao consumidor (CF, art. 5º, XXXII) e do direito à proteção judiciária (CF, art. 5º, XXXV, LXVII -LXXII), nas quais não haveria a efetivação do direito descrito na norma constitucional sem a sua regulamentação.

Da mesma forma, a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples esforço retórico. Nessa hipótese, o texto constitucional é explícito ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

²²⁹ ALEXY, Robert, **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 300;

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 329.

²³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 428-429.

ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Fica evidente, então, que a intervenção legislativa não apenas se afigura inevitável, como também necessária²³².

Para tanto que, como se abordou nas perspectivas dos capítulos anteriores, que o ativismo judicial também e a existência de remédios que garantam esta boa prestação constitucional têm papel importante neste contexto de efetivação do direito.

Sob a égide de princípios como o duplo grau de jurisdição, a duração razoável do processo, a publicidade do processo, a necessidade de motivação judicial as decisões, a ordem constitucional deve ser protegida pelo Poder Judiciário, com a previsão expressa no sentido de que a Lei não excluirá a lesão ou ameaça a direito²³³, bem como deve estar atenta às omissões do legislador.

Na Constituição Brasileira, além dos remédios constitucionais destinados à proteger a constitucionalidade da norma sob o foco do interesse geral, como à Ação popular, Ação civil pública, ADIn, ADI por omissão, ADC e ADPF – estas últimas já explanadas em capítulos anteriores –, há instrumentos criados com o foco nos interesses individuais, quando subjugados, como o caso do *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança e o Mandado de Injunção.

Ainda que o foco primário desta dissertação seja a análise dos institutos de controle concentrado da constitucionalidade das normas, percebe-se a relevância da explicitação dos demais procedimentos com o fim de proteção dos direitos constitucionais.

O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal brasileira determina que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular, a qual tem por objetivo anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, de forma que se trata de um dos importantes meios de exercício da soberania popular dispostos na CF/88.

Retira-se dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, quanto a Ação Popular:

É o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas

²³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 200.

²³³ No Brasil, a CF/88 prevê em seu artigo 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos²³⁴.

Assim, a Ação Popular é um instrumento claro da cidadania e somente pode ser proposta pelo cidadão, assim considerado aquele que não apresente pendências no que concerne às obrigações cívicas, militares e eleitorais que, por Lei, sejam exigíveis²³⁵.

Encontra-se regulada pela Lei nº 4.717/1965, configura instrumento de defesa de interesse público e, sendo assim não possui em seus objetivos primordiais a resolução de temas individuais.

Outro relevante instrumento de defesa do interesse geral é a chamada Ação Civil Pública (ACP), definida pelo artigo 129, III, da Constituição Federal/88, a qual visa à defesa dos chamados interesses difusos e coletivos relativos a “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros”.

A ACP é um importante instituto de defesa de interesses que, embora não sejam voltados expressamente para a defesa de intentos individuais acaba por proteger direitos em geral, dentro de um contexto de proteção da ordem constitucional como um todo.

A Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985, possui natureza iminente processual, limitando-se a disciplinar os aspectos processuais da tutela dos interesses ora descritos, como os bens por ela protegidos.

No que concerne a questão, Hely Lopes Meirelles confirmou sua natureza processual, afirmando que “a ação e a condenação devem fundar-se em disposição de alguma norma substantiva (da União, dos Estados ou Municípios) que tipifique a infração a ser reconhecida ou punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal, em que incida o infrator²³⁶”.

Por outro lado, no que tangem os institutos relacionados aos interesses individuais, o *Habeas Corpus* (HC), que se encontra previsto na Legislação Maior brasileira desde a

²³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 18 ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 87.

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 498,

²³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. p. 122-123.

Constituição Imperial de 1824 e destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir, vir e permanecer²³⁷.

Já o *Habeas Data* foi concebido como um instituto destinado a assegurar o conhecimento de informações relativas ao interessado que estejam em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, tendo como consequência ainda a possibilidade de retificação destes dados, quando não se prefira fazê-lo de modo sigiloso²³⁸.

Melhor elucidando, Gomes Canotilho e Vital Moreira explicam que “no âmbito normativo do direito à identidade pessoal inclui-se o direito de acesso à informação sobre a identificação civil a fim de o titular do direito tomar conhecimento dos dados de identificação e poder exigir a sua rectificação ou actualização – através de informação escrita, certidão, fotocópia, microfilme, registro informático, consulta do processo individual, acesso directo ao ficheiro central”²³⁹.

O Mandado de Segurança (MS) é regido sob a premissa de proteção do direito individual ou coletivo líquido e certo contra ato ou omissão de autoridade pública não amparado por HC ou *Habeas data*²⁴⁰.

Neste contexto, conforme a doutrina:

Pela própria definição constitucional, o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração²⁴¹.

Por fim, o Mandado de Injunção se encontra previsto no artigo 5º, LXXI, CRFB, o qual dispõe²⁴² que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma

²³⁷ Conforme artigo 5º, LXVIII, da CRFB/88 - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²³⁸ Nos termos do artigo 5º, LXXII, da CF/88 - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.p. 179/180.

²⁴⁰ Conforme artigo 5º, LXIX, da CRFB/88 - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 482.

²⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Desta maneira, o Mandado de Injunção é uma ação constitucional de caráter civil e que possui um procedimento diferenciado, que visa suprir uma omissão ou cumprimento inadequado da norma pelo Poder Público, de modo a permitir o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal²⁴³.

Assim, se diferencia da ADIn por omissão substancialmente pois esta é cabível contra qualquer omissão inconstitucional, enquanto o mandado de injunção possui rol restrito pela previsão do artigo 5º, LXXI, da CRFB/88²⁴⁴.

É interessante registrar a manifestação de Calmon de Passos a propósito do tema:

Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir -se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do mandamus na espécie. Tentarei um exemplo. O seguro-desemprego. Impossível deferi-lo mediante o mandado de injunção, visto como ele é insuscetível de atribuição individual, sem todo um sistema (técnico) instalado e funcionando devidamente. Também seria inexigível do sujeito privado uma prestação inapta a revestir -se do caráter de personalidade reclamada na injunção, como, por exemplo, a participação nos lucros da empresa. A competência deferida ao Judiciário, de substituir -se ao Legislativo para edição da norma regulamentadora, não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de

²⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 136.

²⁴⁴ Artigo 5º LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

políticas e de estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral²⁴⁵”.

Um ponto a se destacar é que, por possuir um foco diverso das ações de controle concentrado de constitucionalidade, o Mandado de Injunção possui legitimidade ativa geral, podendo ser exercida por qualquer pessoa, sendo admitida, inclusive, a impetração de ação coletiva.

Conforme entendimento majoritário, são requisitos para o mandado de injunção, a falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão total ou parcial do Poder Público) e a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – o mandado de injunção pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa²⁴⁶.

Por outro lado, no que se refere aos efeitos, o Mandado de Injunção julgado procedente terá declarada a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente, possuindo, portanto, efeito dúplice, declarativo e impositivo²⁴⁷.

De qualquer sorte, não se pode olvidar ainda que, tendo finalidade geral ou individual, ou seja, buscando a proteção do ordenamento constitucional objetivo em favor próprio ou de preceitos constitucionais desrespeitados, todas estas ações acabam por repercutir na realidade jurídica, pois há uma evidente afetação de todos aqueles de alguma forma dela dependem.

No modelo europeu, como apontado no capítulo anterior, o efetivo avanço na proteção dos direitos fundamentais ocorreu de fato quanto da criação do Tratado de Lisboa, eis que tornou a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) formalmente vinculante para as instituições da União Europeia e para os Estados-Membros na esfera de suas atuações no direito europeu, após modificar o Tratado de União Europeia para dar o mesmo valor jurídico dos tratados²⁴⁸.

²⁴⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p 112-113.

²⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 137.

²⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 140.

²⁴⁸ Artigo 6.º do Tratado de Lisboa. 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007,

Ali são disciplinados os princípios relacionados à dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça, conforme divisão de capítulos.

Quanto ao nível de proteção, destaca-se o disposto no artigo 53 da CDFUE que determina que: “Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros”²⁴⁹.

Sobre o tema, reflete ainda Alessandra Silveira:

Ora, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o direito primário da União foi finalmente dotado de um catálogo de direitos fundamentais – ou seja, a CDFUE adquiriu força juridicamente vinculativa idêntica a dos tratados constitutivos. Mas na ausência de um catálogo (e assim foi durante quarenta longos anos), o TJUE foi compelido (por litigantes e tribunais, sobretudo constitucionais, dos Estados-Membros) a recortar jurisprudencialmente a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia (enquanto o poder político não enveredava decididamente por esta via). E fê-lo com base no reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto «princípios gerais» do direito da União, por apelo às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e à CEDH. Por conseguinte, o papel que os princípios gerais desempenham na proteção dos direitos fundamentais na União Europeia «é único e sem paralelo em qualquer Estado-Membro», na medida em que deriva, historicamente, da originária ausência de codificação dos direitos fundamentais nos tratados constitutivos²⁵⁰.

em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições. 2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados. 3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. IN: UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa** (versão consolidada). Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf Acesso em 25 fev. 2020.

²⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em 25 jul. 2020.

²⁵⁰ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial.

Nesta senda, o artigo 2º do TUE explicita que são fundamentos da União Europeia os “valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias”, e que estes valores devem ser respeitados por todos os Estados-Membros.

Neste interim a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia já desenvolvia uma profunda análise dos princípios gerais do direito da União Europeia, de modo a promover a valorização, proteção e desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Segundo Antônio Goucha Soares:

A mudança de atitude do Tribunal de Justiça surgiu no acórdão proferido no caso Stauder, em que considerou os direitos fundamentais parte integrante do corpo de princípios gerais de direito comunitário. Em seguida, no caso Internationale Handelsgesellschaft, afirmou a proteção dos direitos fundamentais, enquanto princípios gerais de direito comunitário, se inspirava nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, e que não permitiria a aplicabilidade de preceitos comunitários que se revelassem incompatíveis com os direitos fundamentais consagrados pelas Constituições dos Estados. A evolução jurisdicional reforçou-se com a decisão proferida no caso Nold, em que o Tribunal de Justiça mencionou como quadro de referencia de protecção nos direitos fundamentais no direito comunitário não apenas as Constituições nacionais, mas também os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos humanos de que os Estados-membros sejam parte, ou em que tenham cooperado na respectiva elaboração²⁵¹.

Fato é que o Tribunal de Justiça da União Europeia possui um papel de grande importância na evolução da proteção dos direitos fundamentais, haja vista não ter se limitado a ser um mero aplicador mecânico do Direito da União Europeia, mas, primeiramente por uma jurisprudência “ousada”, apresentou uma gama de princípios fundamentais que regem todo o sistema europeu²⁵²:

²⁵¹ SOARES, Antonio Goucha. **A União Europeia**. Coimbra: Edições Almedina, 2006. p. 230/231

²⁵² ABREU, Joana Covelo de. Tribunal de justiça da União Europeia. In: ABREU, Joana Covelo de. REIS, Liliana (Coords.). **Instituições, órgãos e organismos da União Europeia**, Almedina, 2020.

Verifica-se, assim, que laborou para a construção de um determinado “federalismo jurídico europeu”, situando-se “na vanguarda das Instituições que pelo seu discernimento e ousadia mais tem favorecido o processo de integração europeia”, o que se traduziu num “incessante e produtivo trabalho de criação pretoriana de direito, extraordinariamente enriquecedor da ordem jurídica instituída pelos Tratados e sem o qual a União Europeia seria por certo bem diferente daquela que atualmente conhecemos²⁵³”.

Assim, a proteção dos direitos fundamentais é feita mediante atuação perante o TJUE dos meios já abordados de jurisdição contenciosa, onde a ordem jurídica constitucional disposta pelos Tratados.

3.4 A SUFICIÊNCIA DOS MÉTODOS VIGENTES PARA A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA

Se observou até o momento a importância dos direitos fundamentais no contexto dos ordenamentos jurídicos em foco, bem como a necessidade de se implementar meios para se garantir o seu cumprimento, sobretudo no que se refere à eventual omissão do Poder Público na sua real efetivação ou aplicação, enquanto normas constitucionais muitas vezes com caráter programático.

Ademais, dentre os métodos de fiscalização concentrada de constitucionalidade aptos para garantir a retificação de omissões legislativas, apontados nos capítulos anteriores, observou-se que a chamada “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) no Brasil e a “Ação por Incumprimento” no contexto da União Europeia são aquelas que melhor se qualificam, ao menos teoricamente, para prevenir a ocorrência de omissões em ambos os sistemas Federais abordados.

Todavia a solução buscada por este ensaio se funde neste ponto chave: os métodos presentes nos ordenamentos jurídicos delimitados no curso deste são efetivamente suficientes para a garantia da constitucionalidade destes Direitos postos? Ou seja, estes métodos de controle para a garantia da aplicação destes Direitos Fundamentais presentes nas Constituições alcançam o seu objetivo quando da ocorrência de omissões legislativas?

²⁵³ ABREU, Joana Covelo de. Tribunal de justiça da União Europeia. In: ABREU, Joana Covelo de. REIS, Liliana (Coords.). **Instituições, órgãos e organismos da União Europeia**, Almedina, 2020.

3.4.1 As omissões legislativas e a (im)possibilidade de interferência judicial: Há solução?

Ainda que haja um sentido imperativo nas normas jurídicas, há hipóteses em que os Poderes acabam sendo omissos em relação à determinada imposição constitucional.

Conforme relaciona Luís Roberto Barroso, ainda que haja omissões do Poder Executivo, dispostas inclusive no corpo da norma relativa à ADO, a inconstitucionalidade por omissão é observada especialmente no Poder Legislativo, quando este deixa de elaborar a norma necessária à concretização dos mandamentos constitucionais ou o faz em desacordo com os princípios do Direito, sobretudo no que se refere ao seu dever de regulamentar²⁵⁴.

Ademais, ainda que o ato de legislar-regulamentar seja muito mais uma faculdade do Poder Legislativo, quando se tratam de normas de conteúdo programático que se referem à direitos fundamentais ao funcionamento do Estado e à população, torna-se ilegítima a abstenção e é isso que configurará a inconstitucionalidade por omissão.

Diferentemente da Ação por Incumprimento, em que o TJUE tem, no escopo de garantir o cumprimento de sua decisão, a possibilidade de determinar a aplicação de sanções ao órgão legislativo incumpridor, vê-se que a Ação Direita da Inconstitucionalidade por Omissão esbarra exatamente na inexistência de meios coercitivos ao atendimento de sua decisão.

Afinal, por força do artigo 2º da CRFB/88, os três Poderes são independentes entre si e gozam de certa autonomia para o exercício das funções descritas na Carta Maior, observados os limites e compatibilizações também lá normatizados.

Esta independência constitucional compreende-se como a garantia de que a forma de expressão de cada Poder não será invadida em sua esfera de competência exclusiva, porém, ainda que dentro de seu próprio âmbito, cada forma de expressão será delimitada pelo Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, que analisará condutas comissivas ou omissivas dos agentes públicos²⁵⁵.

Sendo assim, a omissão legislativa se revela numa falha no cumprimento dos objetivos do Estado constitucional, ferindo a harmonia dos Poderes com a necessidade de garantia de

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁵⁵ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Tese de Doutorado. USP. p. 68.

atendimento integral dos objetivos pelo Poder Judiciário, que deverá zelar pelos preceitos constitucionais – tais quais os direitos fundamentais – suprindo as lesões ao Direito.

Entretanto, vê-se um problema de eficácia da decisão da ADO em casos de omissão total, na medida em que a mera ciência ao Poder Competente à sentença declaratória confere ao instituto efeitos moral e político, os quais, apesar de importantes, não possuem qualquer garantia de atendimento do comando de pacificação do ordenamento constitucional, inclusive pela ausência de qualquer consequência a este incumprimento.

Desta maneira, a sistemática proposta pelo legislador constituinte não assegura a efetividade das normas constitucionais, haja vista que não há efeito garantidor da edição da norma regulamentadora pelo Poder Legislativo editará a norma regulamentadora, tampouco sanção ao seu comportamento inconstitucional²⁵⁶.

Já Michel Temer, ao analisar, na gênese da ADO, a solução para o que se buscava ao editar a ação, afirma que “tudo indica que o constituinte pátrio confia no estabelecimento de mecanismos regimentais, internos no Poder Legislativo, capazes de viabilizar o disposto na determinação judicial²⁵⁷”.

Ainda que seja plenamente justificável a análise pelo Poder Judiciário do descumprimento das atribuições constitucionais pelos demais Poderes, em razão do princípio da separação dos Poderes, aquele deve ficar restrito também ao seu campo de atuação, tornando-se inócua qualquer tentativa de se transcender os demais Poderes sob pena de se subjugar a discricionariedade do Poder Legislativo em escolher o melhor momento de se analisar a necessidade de regulamentação de determinada norma.

Apesar de alguns autores considerarem a possibilidade de eventual responsabilização do Poder ou mesmo a supressão da omissão pelo próprio STF²⁵⁸, na prática atual²⁵⁹ não se vislumbra meios legítimos de obrigar o Poder Legislativo a legislar, sob pena de ferir importante princípio

²⁵⁶ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

²⁵⁷ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53.

²⁵⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 421; CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁵⁹ À exemplo da STF - ADI: 3682 MT, na qual o STF declarou estado de mora e fixou prazo de 18 meses à resolução da omissão, todavia indicou que se tratava de meramente de um parâmetro razoável para tal; STF – ADO 25, DF, Relator: Min. Celso de Mello, data do Julgamento 30/11/2006, Tribunal Pleno; que declarou mora do Congresso Nacional, sem qualquer efeito prático até o momento.; STF. Ação Direta da Inconstitucionalidade: ADI 3682 MT. Relator: Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 de 05/09/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2366425> Acesso em: 28 mar. 2020.

fundamental, de modo que, o Poder Judiciário nada poderá fazer nesta ação caso persista a omissão.

Afinal, observa-se que, ao cidadão, no caso de omissão do Poder Público na efetivação destes direitos fundamentais, explicitados pela ausência de proteção, acesso ou promoção de políticas públicas que as garantam, subsistiria o seu dever na reparação dos danos por ele sofridos.

Deste modo, sob a tutela do artigo 37, §6º, da CRFB/88²⁶⁰, nasce a figura da responsabilidade civil objetiva – independente de dolo ou culpa – do Estado em reparar os danos causados em razão da não efetivação dos direitos fundamentais aos cidadãos, o qual prescinde a comprovação de um dano concreto pelo ato omissivo da administração e o nexos causal entre a omissão e o dano.

Porém, como se vê, tal intento foge sentido expressado como objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, eis que se refere ao interesse do particular, o qual não tem legitimidade *ad causam* para o pleito, tampouco se refere a interesse da coletividade, o que afasta mais uma vez a aplicabilidade prática do instituto.

Ressalva deve se fazer quanto à omissões legislativas parciais ou omissões de órgão administrativos.

No primeiro caso, com a pronúncia da inconstitucionalidade da lei, por incompleta ou defeituosa, fica vedado aos órgãos da união a prática de qualquer ato fundado na norma declarada inconstitucional, por força dos princípios do Estado de Direito²⁶¹ e da vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais. Assim, pronúncia da inconstitucionalidade da omissão parcial acabará por ter efeitos *erga omnes*, pois retirará o caráter de obrigatoriedade da norma como um todo, dando uma melhor objetividade ao instituto²⁶².

No segundo, a própria norma Constitucional já dispõe o prazo de trinta dias para a adoção de providências necessárias ao cumprimento da ordem.

²⁶⁰ Artigo 37, § 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁶¹ Conforme *caput* do Art. 1º da CRFB/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1478.

Deste modo, a solução para o integral e efetivo uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão se funde na necessidade de o Poder Judiciário, na esteira de sua competência constitucional, possuir meios de estabelecer regras normativas sobre a matéria, até que o Poder Legislativo elabore a norma regulamentadora em definitivo.

Deste modo, tanto o princípio da autonomia dos Poderes estaria protegido como, principalmente, o efetivo cumprimento das normas fundamentais constitucionais estaria sendo concretizada, pois não dependeria de interesse político ou outras discussões que eventualmente fugissem da esfera de efetivo cumprimento da ordem constitucional²⁶³.

No mesmo sentido, Joana Covelo de Abreu afirma que um problema de aplicação Ação por Incumprimento se encontra na abrangência da decisão declaratória, que não “indica exhaustivamente a interpretação da norma constitucional a densificar”, de modo que não elucida adequadamente os parâmetros para o legislador do Estado-Membro dar efetivo cumprimento na omissão legislativa interna²⁶⁴.

Além disso, quanto à proteção dos direitos fundamentais, a autora afirma que:

Para alcançar melhor a proteção dos direitos fundamentais em uma questão de proximidade, podemos também voltar nossa atenção para uma nova abordagem sobre os reenvios prejudiciais. De fato, quando os tribunais e tribunais nacionais enfrentam litígios onde os direitos fundamentais eram questão principal e foi submetido ao âmbito de aplicação do direito da UE, deve-se criar um procedimento mais conveniente para lidar com esses tópicos. Além disso, teria caráter obrigatório, uma vez que o TJUE deveria ser a instância privativa para lidar com esses tópicos relevantes, apesar de ter sido a instância nacional a ser confrontada com o problema dos direitos fundamentais.

Até agora, é bastante claro que o caminho não pode ser o de criar um instrumento inteiramente novo mas, talvez, contar com aqueles que já funcionam como tal controle constitucional e meios de proteção dos direitos fundamentais; caso contrário, problemas de funcionamento surgirão²⁶⁵.

²⁶³ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

²⁶⁴ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: A inércia do legislador e suas consequências. p. 270.

²⁶⁵ ABREU, Joana Covelo de. **An approach to today's EU constitutionality control** – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection.

E ainda:

Essa configuração será adequada para melhorar a tutela jurisdicional efetiva na UE - como nosso objetivo teleológico - usando o método da interjurisdicionalidade a partir de uma noção ampla de contencioso da UE.

Portanto, acreditamos que agora enfrentamos uma verdadeira integração judicial que também emana do fato de agora ser possível entender que a UE já está equipada com algum controle constitucional e mecanismos de proteção dos direitos fundamentais²⁶⁶.

Neste caso, entretanto, não se refere a uma eventual exacerbação do ativismo judicial em prol de uma solução finalista do conflito, na qual, baseada no entendimento de Ronald Dworkin coloca-se em risco também os limites constitucionais prescritos ao Poder Judiciário e em consequência a segurança jurídica necessária ao ordenamento jurídico, por meio da imposição do próprio ponto de vista do juízo em detrimento da tradição constitucional vigente²⁶⁷.

O que se busca é a harmonização do ordenamento jurídico, especialmente a proteção dos direitos fundamentais, com o auxílio da atuação destas Cortes, conforme colhe-se dos ensinamentos de Joana Covelo de Abreu:

No entanto, o reconhecimento deste papel de ator político ao TJUE tem conduzido a que se fale no seu ativismo judicial. Ora, esta ideia parece estar intrinsecamente relacionada com o sentido e o alcance do próprio direito da União e a forma como este se tem desenvolvido. Desde logo porque se tem verificado “uma ampliação do âmbito de aplicação do direito da UE nos anos recentes”, nomeadamente em sede de mercado interno já que a sua promoção, desenvolvimento e defesa sempre determinou que a União pudesse impactar em domínios políticos aparentemente a ele não reconduzíveis, “como a tributação, a segurança social ou a educação”²⁶⁸.

A autora complementa:

²⁶⁶ ABREU, Joana Covelo de. **An approach to today's EU constitutionality control** – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁶⁸ ABREU, Joana Covelo de. Tribunal de justiça da União Europeia. In: ABREU, Joana Covelo de. REIS, Liliana (Coords.). **Instituições, órgãos e organismos da União Europeia**.

Para [...] Elise Muir, Mark Dawson e Bruno de Witte [...], parte das críticas de um ativismo excessivo prendem-se com o facto de o Tribunal de Justiça nem sempre fundamentar as suas decisões, nomeadamente quando desconsidera as observações submetidas pelos Estados-Membros ou pela Comissão nos processos que tem pendentes; já outros discordam e assentam a sua percepção da sua atuação política no facto de aderir, por vezes, às considerações jurídicas vertidas, pelos Estados-Membros, nas observações submetidas nos processos que perante aquele tramitam²⁶⁹.

Assim, dos modelos atuais explicitados para o Controle de Constitucionalidade, a Ação por Incumprimento demonstra-se mais eficiente e realista, com uma proposta de atuação de maior intervenção e aproximação do Poder Judiciário europeu – aqui explicitado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – com Poder Legislativo local, permitindo que sempre haja abertura para a lapidação dos procedimentos, de modo a se encontrar formas ideais para a aplicação do ordenamento jurídico do bloco.

Note-se que, em ambos os institutos, não há espaço para o cidadão buscar diretamente e por si tais direitos, eis que não estão contemplados no rol de legitimados para as referidas ações constitucionais, devendo os particulares se utilizar de ações próprias para buscarem seu intento, ainda que no caso europeu haja previsão para o particular procurar a Comissão, a qual não tem o dever de dar continuidade no anseio daquele²⁷⁰.

Em consequência, faltam meios de atendimento ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, na medida em que há um problema de acesso à justiça para a proteção dos Direitos Fundamentais, conforme explica Alessandra Silveira:

Isto denota uma falha do sistema de proteção dos direitos fundamentais da União Europeia – leia-se, a ausência de uma ação específica ou de um “mecanismo europeu de resgate” dos direitos fundamentais que pudesse ser acionado pelo particular lesado. Nesta medida, depois de anos de uma lenta e penosa negação, o despertar da jurisprudência do TEDH e do TJUE para o problema da violação de direitos fundamentais fundada no não cumprimento da obrigação de reenvio prejudicial plasmada no art. 267º, 3º parágrafo, do

²⁶⁹ ABREU, Joana Covelo de. Tribunal de justiça da União Europeia. In: ABREU, Joana Covelo de. REIS, Lílíana (Coords.). **Instituições, órgãos e organismos da União Europeia**.

²⁷⁰ ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: A inércia do legislador e suas consequências. p. 166.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) é muitíssimo bem-vinda²⁷¹.

Ademais, a autora lembra que o desenvolvimento do Direito da União Europeia está vinculado à força jurídica do CDFUE, na medida em que não apenas o direito da União está à disposição dos direitos dos particulares na mesma medida do que estes podem agir em favor da União, haja vista que vai determinar a equiparação dos direitos fundamentais de todos os cidadãos no âmbito do espaço comunitário, dentro do contexto do sistema constitucional multinível enquanto fatos de integração²⁷².

Todavia, resta evidente o sucesso do modelo europeu em relação ao brasileiro, eis que demonstrado na prática como instrumento muito mais eficiente de garantidor do cumprimento das normas constitucionais em seu sistema jurídico-político.

Sopesando que a coerção emanada pelas sanções aplicadas no caso de uma repetição de Ação por Incumprimento imponham uma análise apurada da sua efetividade no caso em concreto, não se pode desconsiderar que politicamente possui uma carga funcional evidentemente maior que a simples decretação de mora constitucional do modelo brasileiro.

Deste modo, resta clara a relevância da Ação por Incumprimento para a garantia de atendimento dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia, haja vista que histórico e jurisprudencialmente demonstrado o seu papel na aplicação das normas e demais instrumentos processuais do direito da União Europeia, sendo um grande pilar na integração e desenvolvimento regional.

É fato que, em ambos os casos observa-se que a solução efetiva se encontra na força política que a decisão acaba por impor à parte condenada, seja pela compreensão das medidas a serem tomadas para um melhor alcance das Ações, seja pelo aspecto de cumprimento das ordens delas emanadas.

A atuação bem intencionada daqueles que detêm as ferramentas para tal é o meio mais eficaz de cumprimento, não apenas dos processos judiciais que permeiam a intenção do legislador na edição, não apenas da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e da Ação

²⁷¹ SILVEIRA, Alessandra. PEREZ, Sophie. Coordenadas de vertebração de uma metódica da interconstitucionalidade a partir de um caso de estudo sobre a responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União. In: **Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Rui Moura Ramos**, Coimbra Editora, Coimbra, 2016.

²⁷² SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia**: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo), p. 32.

por Incumprimento, mas de todo o ordenamento jurídico que protege os Direitos Fundamentais, sendo necessária uma fiscalização forte de todos os cidadãos por estas abarcados, bem como os esforços para uma adequada delimitação e transmissão destes preceitos.

3.4.2 Proteção efetiva dos direitos fundamentais quanto a omissões constitucionais e o papel da política na sua realização.

De tudo que foi afirmado no curso deste trabalho, resta clara a correlação entre a Política e o Direito como modos de organização e pacificação social, não havendo meios de se separar a perspectiva de atuação de ambos neste papel, haja vista que a evolução de ambos está intimamente relacionada à evolução dos Estados como conhecemos.

O ativismo político e as cortes constitucionais acabam por servir como meio de proteção dos direitos fundamentais, mas dependem, assim como do interesse político, dos reais interesses dos personagens ali presentes, bem como a realidade e os anseios da sociedade aos quais se remetem.

Ademais, também é evidente a correlação entre a evolução dos Estados Federais e da proteção constitucional com a consolidação dos direitos fundamentais.

Historicamente, os direitos fundamentais são “fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”²⁷³, dependendo assim de uma ordem jurídica forte o suficiente para garantir sua proteção e efetividade.

No momento em que os direitos fundamentais passaram a serem dispostos nos ordenamentos constitucionais, passaram a ter um *status* de maior proteção e garantia de cumprimento pelos ordenamentos jurídicos locais, independentes de eventuais interesses contrários, em razão de sua superioridade e imperatividade perante as demais normas²⁷⁴.

Entretanto, para garantir a sua efetividade, necessita-se de uma interpretação adequada e aprofundada, bem como a garantia de aplicação imediata, de modo a se validar a existência de um Estado realmente de Direito e que atinja o potencial constitucional proposto.

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 73..

A partir do ponto em que não há uma adequada regulamentação das normas de eficácia limitada, a efetivação dos princípios pode não ocorrer em sua plenitude, sobrevém a necessidade de uma intervenção judicial, de modo a dar-lhes aplicação e justiça ao seu intento.

Assim, a análise e a intervenção humana bem feitas continuam sendo necessários para a materialização e a efetivação dos direitos fundamentais, por meio dos órgãos da união, por meio dos quais suas atividades sejam realizadas de modo a promover a sua adequada aplicação²⁷⁵.

Os Estados Federais, em suas Constituições, definem estas atividades por meio de suas funções legislativa, administrativa ou executiva, e judicial, nos quais, dentro dos princípios reguladores desta ordem legal, traçam as diretrizes de atuação de seus órgãos em favor da sociedade.

Destarte, cada qual possui uma função previamente definida para a realização dos objetivos da união, vinculando o meio e o limite da intervenção de seus agentes, por meio de políticas públicas baseadas na concepção de que um tem por objetivo a criação e regulamentação das normas organizadoras deste Estado, em vias de garantir o cumprimento dos direitos fundamentais; outro deve promover o cumprimento destas políticas, por meio da administração e proteção do patrimônio público e os direitos fundamentais de todos; e o último deve garantir a harmonização dos objetivos da ordem jurídica.

Esta ideia, por conseguinte, se funda na ideia básica de que o Poder da união tem por direção a consecução dos Direitos Fundamentais, como se vê explicitado no artigo 3º da Constituição Federal brasileira²⁷⁶ e no artigo 3º do Tratado de Lisboa²⁷⁷.

²⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 41.

²⁷⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁷⁷ Artigo 3.º 1. A União tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos. 2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno. 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico. A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança. A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros. A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu. 4. A União estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro. 5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a protecção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, ARTIGOS 2.º/5.º | 19 a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a protecção

Por consequência, as políticas públicas estão vinculadas aos núcleos constitucionais de irradiação, de forma que, existindo desvio da matriz constitucional normativa, há necessidade de realinhamento das condutas, o que se dá mediante controle de constitucionalidade²⁷⁸.

Desta maneira, nenhuma política pública poderá violar os Direitos Fundamentais, sob pena de ferir os próprios objetivos do Estado Federal e, sendo assim, o interesse público e a ordem jurídica no qual esse se funda devem ser protegidos dos atos comissivos ou omissivos que repercutam na eficácia destes Direitos.

Ocorre que, para que haja o equilíbrio entre as funções de cada órgão na sua finalidade precípua, deve se realizar uma atuação de forma coordenada, de modo a se garantir o cumprimento da ordem jurídica e os interesses humanos ali objetivados.

É o que também afirma Alessandra Silveira²⁷⁹:

De qualquer forma, diante do equilíbrio «instável» de forças federativas que mobilizam o processo de integração europeia, importa ter em conta que, tal como nos mosaicos bizantinos, uma peça isolada não faz qualquer sentido sem o todo. Ou seja, é preciso atentar no direito da União Europeia na sua integralidade, em especial nos princípios cuja compatibilidade com o princípio do nível de proteção mais elevada se afigura mais difícil, como é o caso do princípio da efetividade do direito da União. Não se pode negar, como demos conta, que a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia deve ser assegurada no quadro da sua estrutura e dos seus objetivos – e, neste pressuposto, o nível de proteção mais elevado tem de ser assimilável pelo direito da União e não pode ser instrumentalizado para o subverter, devendo ceder se outros direitos ou interesses legítimos se impuserem.

Neste momento, a atuação do Poder Judiciário acaba por ter uma crescente relevância na sua atuação enquanto meio de proteção da do texto constitucional, inclusive em uma análise política da natureza do litígio em questão, numa evidente evolução do papel de cada Poder,

dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas. 6. A União prossegue os seus objectivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados. UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa** (versão consolidada).

²⁷⁸ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. p. 42.

²⁷⁹ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial.

saindo do foco de aplicador da legislação no caso concreto para avaliar também adequação desta norma ao seu fim.

Esta atuação varia conforme a realidade de cada ordenamento jurídico, como se percebe nos modelos brasileiro e da União Europeia, em que um claramente possui um viés político mais direto, com decisões atacando diretamente o sentido de determinadas normas²⁸⁰, enquanto o outro procura orientar os Estados-Membros a aplicarem a norma em atendimento à legislação do bloco e aos princípios fundamentais da União.

Assim, o Controle de Constitucionalidade altera o papel do Poder Judiciário, inicialmente concebido por Montesquieu, reservando-lhe a palavra final nos atos praticados pelas outras formas de expressão do poder estatal, enquanto intérpretes das decisões políticas, na medida em que impõe o controle nos atos governamentais que influenciem, positivamente ou não, a Constituição²⁸¹.

Conforme discorre Clémerson Clève:

O importante é realçar que o Judiciário vem se debruçando sobre a Constituição. Vem exercendo, particularmente o Supremo Tribunal Federal, o papel de guardião da Constituição. Se é certo que algumas decisões podem ser questionadas, talvez por denunciarem certo ativismo, não se pode negar o importante serviço prestado pelo STF nos últimos anos, inclusive por meio do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade²⁸².

Trata-se de um fenômeno iminentemente mundial, pois Cortes constitucionais de diversos países, como Canadá, Estados Unidos, Israel e Turquia, passaram a atuar como guardiães da Constituição, num sentido de proteger os preceitos constitucionais fundamentais²⁸³.

Deste modo, esta judicialização da política, até em razão do premente ativismo judicial pelos Magistrados, se dá em função da necessidade de se aferir efetividade à norma expressa,

²⁸⁰ Aqui se vê como exemplo o julgamento da ADI 4227 e da ADPF 132, que reconheceram a união estável para casais de mesmo sexo, dando interpretação conforme a Constituição de artigo do Código Civil brasileiro, para impedir que haja eventual discriminação no reconhecimento da entidade familiar. STF: Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.277 Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Brito. Publicado em 05 mai. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 23 mar. 2020.

²⁸¹ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. p. 56.

²⁸² CLÈVE, Clémerson Merlin. **Ação direta de inconstitucionalidade**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 99-116, abr./jun. 2010.

²⁸³ BARRROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> Acesso: 28 abr. 2020.

impondo às Cortes Constitucionais um protagonismo antes desconhecido e que ocorre por vários motivos, que vão da ineficácia da atuação dos demais Poderes, a uma urgência na solução da demanda que não pode ser atingida pela natural burocracia do processo legislativo.

Nestes termos advoga Luís Roberto Barroso:

Quando se lida com cláusulas gerais, como princípios ou conceitos jurídicos indeterminados, a vagueza da norma aumenta significativamente o papel do intérprete na determinação do sentido da norma. Normas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, eficiência, solidariedade, fazem com que o intérprete tenha que produzir a solução do caso concreto. É ele que vai verificar se aquela hipótese viola ou não a dignidade da pessoa humana²⁸⁴.

Ainda que haja controvérsias relacionadas ao limite ou até onde é benéfica esta maior intervenção judicial no plano político, não se pode olvidar que, o próprio ativismo judicial também se motiva pela política quando da prolação das decisões. Portanto, é necessário se avaliar se esta intromissão num papel que anteriormente era visto como atrelado aos demais Poderes não gere dúvidas relativas à imparcialidade e a independência da sua atuação, o que certamente não pode ocorrer.

Portanto, assim como a sociedade passa por uma verdadeira revolução quanto às suas prioridades, as relações interpessoais, os meios e modos de comunicação, de aquisição de conhecimento e de atuação junto à sociedade²⁸⁵, também o Direito deve acompanhar as mudanças do mundo globalizado, sendo determinante uma visão dos Órgãos Julgadores como sendo mais do que meros aplicadores da Lei, para se tornarem um auxílio para o ordenamento jurídico local ser efetivamente contemplado dentro de seus objetivos.

Neste contexto, Milton Santos aponta quanto ao que chama de metamorfose do mundo atual:

O mundo de hoje também autoriza uma outra percepção da história por meio da contemplação da universalidade empírica constituída com a emergência das novas técnicas planetarizadas e as possibilidades aberta a seu uso. A dialética entre essa universalidade empírica e as particularidades encorajará

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁸⁵ O que podemos chamar, inclusive de “modernidade líquida”, conforme conceito de Zygmunt Bauman. In: BAUMANN, Zygmunt, **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

a superação das práxis invertidas, até agora comandadas pela ideologia dominante, e a possibilidade de ultrapassar o reino da necessidade, abrindo lugar para a utopia e para a esperança. Nas condições históricas do presente, essa nova maneira de enxergar a globalização permitirá distinguir, na totalidade, aquilo que já é dado e existe como um fato consumado, e aquilo que é possível, mas ainda não realizado, vistos um e outro de forma unitária²⁸⁶.

Não há como, neste momento, se afirmar com clareza se a atuação mais incisiva do Poder Judiciário na construção do ordenamento jurídico é ou não o modo ideal de se atingir o potencial dos Direitos Fundamentais nela previstos, mas parece cada vez mais evidente que tal situação traz pontos benéficos ao contexto dos Poderes Federais, eis que impõe a aplicação de novos modos e interpretações à se atender seus objetivos.

Afinal, mesmo com a indiscutível visibilidade do Poder Judiciário como *última ratio* na matéria de interpretação da Constituição, gerando certa margem a seus limites, não se pode deixar à vista que a Legislação deve servir prioritariamente o povo e este deve ter sua vontade reconhecida e respeitada, sendo este um importante Direito Fundamental.

Assim, tanto o Direito, aqui por meio dos Direitos previstos nas Constituições Federais, quanto a Política, por todos os Poderes, devem andar de mãos dadas, de forma equilibrada e com a intenção máxima de atender os anseios daqueles que realmente a eles recorrem, ainda que, na prática, isto possa parecer utópico.

²⁸⁶ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único a consciência universal. 15. ed. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2008, p. 82

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se principalmente, no capítulo final, delinear as respostas para as inquietações discutidas em toda a dissertação, das quais se destacam:

1) No ordenamento jurídico brasileiro:

1.1) Até que ponto a atuação judicial pode invadir a competência de outro Poder determinando que ele dê início a legislação de uma norma quando tal intento depende de interesses que não lhe cabem discutir?

1.2) Nos termos regulamentados, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão cumpre o seu objetivo enquanto método para o controle de fiscalização das omissões constitucionais?

2) No ordenamento jurídico da União Europeia:

2.1) Até que ponto tais medidas são suficientes, na prática, para obrigar que o Estado-Membro cumpra a determinação emanada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia?

2.2) Por sua vez, o Tribunal de Justiça, por meio da Comissão Europeia, consegue efetivamente cumprir a função da Ação por Incumprimento, enquanto meio válido para a supressão de omissões legislativas dos Estados-Membros da legislação do bloco?

3) Numa perspectiva holística:

3.1) Os métodos presentes nos ordenamentos jurídicos delimitados no curso desta reflexão são efetivamente suficientes para a garantia da constitucionalidade destes Direitos postos?

3.2) Estes métodos de controle para a garantia da aplicação destes Direitos Fundamentais presentes nas Constituições alcançam o seu objetivo quando da ocorrência de omissões legislativas?

Neste contexto, observou-se que as chamadas ações diretas de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro têm como objetivo a defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. No caso particular da inconstitucionalidade por omissão, percebeu-se claramente o foco não apenas no incumprimento do dever de legislar, mas da inércia perante a

determinação constitucional permanente e concreta de legislar, por meio de normas que impõe a adoção de medidas que deem efetividade à Constituição²⁸⁷.

Desta maneira, na decisão da ADI por omissão há uma declaração de ordem mandamental, ou seja, uma ordem judicial dirigida ao órgão com a obrigação constitucional de ali legislar e com o fim de determinar a realização da atividade omitida. Porém, como se virá a seguir, tal assertiva não necessariamente possui o efeito prático aparentemente buscado quando da criação do instituto.

Diferentemente, a ação por incumprimento do direito europeu destina-se a aferir o cumprimento das obrigações de seus Estados-Membros, por ação ou por omissão, decorrentes do direito da União Europeia.

Neste sentido, a ação por incumprimento busca garantir o cumprimento das obrigações referidas aos Estados-Membros, em atendimento ao consagrado princípio da primazia deste direito europeu e com vias de vincular os participantes do bloco à sua legislação, sob pena inclusive de eventual condenação a uma sanção pecuniária se não cumprirem as determinações do Tribunal de Justiça nos prazos fixados.

Ocorre que, dentro da premissa de que os direitos fundamentais são elementos chave para a estrutura do Estado e da sociedade, enquanto valores primordiais à ordem jurídica e a atuação dos Poderes estatais, na hipótese em que os Poderes são omissos em suas obrigações constitucionais de legislar e regulamentar impõe-se esta harmonização dos objetivos estatais dos demais Poderes pelo Poder Judiciário, para zelar pelos preceitos constitucionais objeto de lesão omissiva.

Deste modo, percebeu-se que não há invasão ilícita de atribuição constitucional quando um Poder expõe o descumprimento das atribuições constitucionais pelos demais Poderes, em razão do princípio da separação dos Poderes, pois os direitos fundamentais devem ser protegidos de modo imediato, de modo que desde a sua recepção no direito positivo, deve ser objeto de análise pelo legislador e julgador, devendo interpretar-se o conjunto normativo baseado naquele preceito.

²⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1458.

Apesar disso, conforme abordado no curso do presente trabalho, percebeu-se que falta ao modelo brasileiro a eficácia prática no sentido da exigibilidade de suas decisões enquanto meio para afirmação da necessidade de supressão da omissão legislativa.

Assim, chegou-se à observação de que, dentre os modelos atuais explicitados para o controle concentrado de constitucionalidade, a ação por incumprimento apresenta-se mais eficiente e realista, com uma proposta de atuação de maior proximidade entre o Poder Judiciário com Poder Legislativo local, dentro das premissas dos princípios basilares ao direito da União Europeia, onde percebe-se também uma maior abertura para esta lapidação de legalização dos procedimentos, formando um elo mais eficaz na solução dos conflitos.

Fica evidente o sobressalto do modelo europeu em relação ao brasileiro, visto que se apresenta como instrumento mais eficiente de garantidor do cumprimento das normas constitucionais em seu sistema jurídico-político, bem como sua relevância na garantia de atendimento dos direitos fundamentais em seu contexto interno e enquanto meio para integração dos Estados-Membros.

Em ambos os casos, percebe-se a necessidade de lapidação dos procedimentos, de modo a garantir a sua integral eficácia no acesso por todos aqueles que tenham seu direito afetado.

Como dito, não se olvida que a força política das decisões tem papel relevante tanto na evolução da construção do modelo, quanto na solução da lide, por impor à parte condenada, seja pela compreensão das medidas a serem tomadas para um melhor alcance das ações, seja pelo aspecto de cumprimento das ordens delas emanadas.

Atualmente, o ativismo político e as cortes constitucionais acabam por servir como meio de proteção dos direitos fundamentais, mas repita-se, dependem dos reais interesses dos personagens ali presentes, bem como a realidade e os anseios da sociedade aos quais se remetem.

A atuação do Poder Judiciário - aqui com positivo destaque ao Tribunal de Justiça da União Europeia - ganha relevância na atuação ativa na promoção e efetivação dos meios para a garantia da proteção dos direitos fundamentais, haja vista que possui o dinamismo necessário à percepção das urgências que merecem atenção.

Portanto, não há como se ver com maus olhos o processo de judicialização da política, pois este ativismo judicial em muitos casos que possibilita à sociedade de direito que esta tenha efetivados seus direitos mais fundamentais, devendo, desta forma ter garantida uma atuação livre e respeitada.

Desta forma, os Poderes devem agir de forma equilibrada, com objetivo de buscar também equilibrar as forças dentro do contexto de compatibilidade entre a necessidade de proteção aos direitos fundamentais de todos os atores ali presentes, seja no contexto federal brasileiro ou no sistema multinível europeu.

REFERÊNCIA ÀS FONTES CITADAS

ABREU, Joana Covelo de. Ação por Incumprimento. In: BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira. CAMISÃO, Isabel. ABREU, Joana Covelo de. **Enciclopédia da União Europeia**. Lisboa. Petrony, 2017

ABREU, Joana Covelo de. **An approach to today's EU constitutionality control** – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection. UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, No. 2, July 2017

ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: A inércia do legislador e suas consequências**. Curitiba: Juruá, 2011.

ABREU, Joana Covelo de. Princípio da tutela jurisdicional efetiva. In: BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira. CAMISÃO, Isabel. ABREU, Joana Covelo de. **Enciclopédia da União Europeia**. Lisboa. Petrony, 2017.

ABREU, Joana Covelo de. Tribunal de justiça da União Europeia. In: ABREU, Joana Covelo de. REIS, Liliana (Coords.). **Instituições, órgãos e organismos da União Europeia**, Almedina, 2020, pp. 73 e seguintes (no prelo).

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

AZEVEDO NETO. Álvaro de Oliveira. **Constitucionalismo Transnacional: o sistema constitucional da União Europeia e o funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia como corte constitucional**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2010

BALEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras:1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX.** Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/35777/25701> Acesso em: 25 nov. 2019

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARRROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> Acesso: 28 abr. 2020

BAUMANN, Zygmunt, **Modernidade líquida.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política.** Brasília: Editora da UnB, 1992.

BOBBIO, Norberto. Política e direito. In: BOVERO, Michelangelo (org.). **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos.** Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. **The ABC of European Union law.** Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2010, p. 24. Disponível em: http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf. Acesso em 09 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil,** de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. Decreto nº1, de 15 de novembro de 1889. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

BRASIL. Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 20 nov. 2019.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 10 nov. 2019.

BRASIL. Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso 19 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória nº 1.357-8/MA – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Ação Rescisória nº 1.365-4/BA – Rel. Min. Moreira Alves.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sumula vinculante 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em 10 nov. 2019.

BUZUID, Alfredo. “Juicio de amparo” e mandado de segurança. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, v. 5, jan./jun. 1962. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; PEREIRA, Antônio Pinto. **Manual de Direito Europeu**: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento econômico da União Europeia. 7 ed. Coimbra: Editora Coimbra. 2014.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Tese de Doutorado. USP.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislativo**. Coimbra: Almedina, 1994. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Ação direta de inconstitucionalidade**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 99-116, abr./jun. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Forum. 2014.

COELHO, Larissa Araújo, A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo. In: SILVEIRA, Alessandra; PEREZ, Sophie; MARQUES, Sérgio Maia Tavares (coord). **Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas Vol. I (e-book)**. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/54595> Acesso em: 29 jul. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. O ABC do direito da União Europeia. Disponível em: <http://publications.europa.eu/webpub/com/abc-of-eu-law/pt/#chap2> Acesso em 7 jul. 2019

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FREITAS, Silvine Meneghetti de. **Ação por incumprimento: um mecanismo processual da União Europeia inspirando o processo do MERCOSUL**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Maria.

GARCIA, Ana Saggiaro. Hegemonia e imperialismo: caracterizações da ordem mundial capitalista após a Segunda Guerra Mundial. **Revista Contexto Internacional**. vol.32 no.1 Rio de Janeiro Jan./Jun 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-85292010000100005> Acesso em: 25 nov. 2019.

GOMES, José Caramelo. **Lições de Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina. 2009.

GUEDES, Marco Aurelio Peri. **Transmigração constitucional, Constituições de transição e pós-legitimação democrática, no diálogo constitucional ibero-americano (Portugal e Chile)**. Tese de Doutorado. Universidade Estácio de Sá, 2018.

HAMILTON, Alexandre; JAY, John, MADSON, James. **O federalista**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida et al., São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. **Reconstrução do federalismo brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, 1981.

JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KELSEN, Hans, **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Tradução de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980., pp. 159/160 In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

LOPES, Marcelo Leandro Pereira. **O tribunal de justiça da união europeia e a construção do direito da união**. Disponível em: <https://ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/viewFile/2306/1528> . Acesso em 7 jul. 2019.

MACHADO, Jonatas. **Direito da União Europeia**. 2 ed. Coimbra Editora. Coimbra, 2014.

MADURO, Miguel Poiares **A Constituição Plural: Constitucionalismo e União europeia**. Cascais/Portugal: Príncipe. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/prof-marinoni-marinoni-o-direito-%c3%80-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf> Acesso: 02 abr. 2020.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 18 ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2a ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 194, v. I. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis** – in Coleção Os Pensadores - Montesquieu. São Paulo: Martins Fontes.2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 5. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORETTI, Gianna Alessandra Sanchez; BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. O princípio da primazia no direito da união europeia. p. 6. Disponível em: [http://periodicos.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/article/download/18815/17493/](http://periodicos.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/article/download/18815/17493) Acesso: 18 mar. 2020.

MOURA, Luiza Diamantino; CAMARGOS, Laís Alves. Os princípios da Aplicabilidade Direta e do primado do Direito Comunitário: Um estudo comparativo entre o Mercosul e a União Europeia a partir da noção de supranacionalidade. **Revista do Centro de Direito Internacional**. Vol. 12. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume12/arquivos_pdf/sumario/Artigo_Luiza_e_Lais.pdf Acesso em: 25 jan. 2020.

MOURÃO, Rodrigo Gonçalo D´Abreu Noronha. Os limites dos poderes de execução da Comissão Europeia no âmbito de um processo por incumprimento junto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais**: transconstitucionalismo além de colisões. São Paulo: Revista Lua Nova. n.º.93, set./dez. de 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>. Acesso em: 30 nov. 2019.

NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

OLIVIERO, Maurizio, et al. **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Itajaí, SC, 2016. Disponível em: <http://Siaibib01.univali.br/pdf/Constitucionalismo%20como%20elemento%20para%20a%20pro>

du%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PASOLD, Cesar Luis. GONÇALVES, Sandra Krieger. A importância de fatos histórico-sociais para o reconhecimento e desenvolvimento dos Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos. Janeiro-abril 2015. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/download/rechtd.2015.71.04/4545> Acesso em 25 nov. 2019.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu: seu sentido, problemas e limites**. Coimbra: Almedina, 1997.

RIBEIRO FILHO, João Costa. **União Europeia: federação ou confederação?** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Recife. 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANCHÍS, Luís Prieto. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1994. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal**. 15. ed. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA NETO, Otacílio Gomes da. **Cristianismo e política na concepção de Rousseau**: o conflito entre o ser e o parecer no século das luzes. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Paraíba, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Luís Moreira da. **Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)**. Disponível em: <http://euroogle.com/dicionario.asp?definition=918>. Acesso 25 mar. 2020.

SILVEIRA, Alessandra. Apresentação. In: SILVEIRA, Alessandra; PEREZ, Sophie; MARQUES, Sérgio Maia Tavares (coord). **Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas Vol. I (e-book)**. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/54595> Acesso em: 27 jul. 2020.

SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade**: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto (eds). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global**, LAECC, Uberlândia/Brasil, 2015.

SILVEIRA, Alessandra. Prefácio: sobre a proteção de direitos humanos/fundamentais em rede. In: RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. **Sistema interamericano de direitos humanos**: a efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade. Maringá, PR: Vivens, 2015b. (e-book). Disponível em: <http://www.humanitasvivens.com.br/livro.php?id=285> . Acesso em: 27 jul. 2020

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**: Doutrina e Jurisprudência. Lisboa: Quid Juris, 2009.

SILVEIRA, Alessandra. União Europeia: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo). In: SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Quid juris: Lisboa, 2010

SILVEIRA, Alessandra, FROUFE, Pedro Madeira. **Tratado de Lisboa** (versão consolidada), 2.^a ed., Quid Juris, Lisboa, 2010.

SILVEIRA, Alessandra. PEREZ, Sophie. Coordenadas de vertebração de uma metódica da interconstitucionalidade a partir de um caso de estudo sobre a responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União. In: **Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Rui Moura Ramos**, Coimbra Editora, Coimbra, 2016.

SOARES, Antonio Goucha. **A União Europeia**. Coimbra: Edições Almedina, 2006

STELZER, Joana; SILVA, Karine de Souza. A política jurisprudencial na união europeia: o princípio do reconhecimento mútuo e o princípio do reconhecimento mútuo e a livre circulação de mercadorias a livre circulação de mercadorias. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/427/369>. Acesso em: 21 nov. 2019.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STF: **Ação Direta de Inconstitucionalidade** ADO 25, DF, Relator: Min. Celso de Mello, data do Julgamento 30/11/2006, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964> Acesso em: 28 mar. 2020.

STF. **Ação Direta da Inconstitucionalidade**: ADI 3682 MT. Relator: Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 de 05/09/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2366425> Acesso em: 28 mar. 2020.

STF: **Ação Direta de Inconstitucionalidade** ADI 4.277 Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Brito. Publicado em 05 mai. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 23 mar. 2020.

TAVARES, Fernando Horta. **A Ação Por Incumprimento e sua Exequibilidade no Espaço supranacional**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), 2002.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. 1982. Sentença de 6 de outubro, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health (reference for a preliminary ruling from the Corte Suprema di Cassazione) (Obligation to request a preliminary ruling), Caso N° 283/81

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de 22/10/87, proc. 314/85**, Foto-Frost, com sede em Ammersbek v. Hauptzollamt Lübeck-Ost .Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:c3aa3ce4-f367-4e57-87ce-564276042507.0009.06/DOC_2&format=PDF Acesso em: 27 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. A história da União Europeia. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/history_pt. Acesso em 16 mar. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça** de 25 de setembro de 2012 (versão Consolidada). Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_pt.pdf Acesso em: 26 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia** (Versão compilada) Publicado no *Jornal Oficial n.º C 325 de 24 de Dezembro de 2002*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF Acesso em: 25 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia** (versão consolidada). Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf Acesso em: 26 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. (Versão compilada) Publicado no *Jornal Oficial n.º C 326 de 26 de outubro de 2012*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> Acesso em: 25 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa** (versão consolidada). Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf Acesso em 25 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)**. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt Acesso 24 mar. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 24 de setembro de 1998, Processo n.º C-35/97, Comissão das Comunidades Europeias/República Francesa. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d54f79f20789bf44728928ff6d>

9f6b5873.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbxr0?text=&docid=44111&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=25248 Acesso em: 24 jun. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WENNERSTRÖM, Erik. EU Accession to the European Convention on Human Rights. The Creation of a European Legal Space for Human Rights or the Last Stand for the Normative Supremacy of the Strasbourg System?, p. 375. (February 1, 2013). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2734122>. Acesso em: 09 mar. 2020.