VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

GUSTAVO ASSED FERREIRA

LUCIANA COSTA POLI

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES

EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito Civil Constitucional[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Anabela Susana de Sousa Gonçalves; Eva Sónia Moreira da Silva, Gustavo Assed Ferreira; Luciana Costa Poli – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-468-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constituição Federal. 3. Normas jurídicas. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o livro do grupo de trabalho de Direito de Direito Civil Constitucional do VII Encontro Internacional do CONPEDI Braga/Portugal promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelo Centro de Estudos em Direito da União Europeia - CEDU Universidade do Minho – Uminho realizado em C nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

Trata-se de obra de que reúne dois temas de relevância: (i) um artigo, de conteúdo mais genérico aborda a constitucionalização do direito ordinário, (ii) o outro apresenta proposições sobre o direito fundamental do paciente recusar a informação médica.

O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito civil constitucional. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

Reflete a obra o fortalecimento e amadurecimento do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo e contribui para o aprimoramento da nossa comunidade científica, permitindo o acesso dos leitores a discussões relevantes e atuais que permeiam o nosso cotidiano. Demonstra a necessidade de discussão e reconstrução dos parâmetros normativos, deontológicos e axiológicos do ordenamento jurídico brasileiro para a efetivação dos objetivos insculpidos na Constituição Federal de 1988. As discussões emergem a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa de nuances do Direito Civil Constitucional apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhe é característico.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra

pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboraçao dos textos que propiciaram a elaboraçao dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa e crítica do Direito Civil Constitucional que se apresenta nessa obra de forma dinâmica e comprometida com a formaçao de um pensamento crítico a possibilitar a construção de um direito civil cada vez mais voltado à concretização de valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Setembro de 2017.

Gustavo Assed Ferreira

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

Luciana Costa Poli

PUCMINAS

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Escola de Direito da Universidade do Minho

Eva Sónia Moreira da Silva

Escola de Direito da Universidade do Minho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ORDINÁRIO – OS CASOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE CONSTITUTIONALIZATION OF ORDINARY LAW - THE PORTUGUESE AND BRAZILIAN CASES

Anna Claudia Lavoratti [1]

Resumo

Tendo em vista o exímio papel desempenhado pelo Constitucionalismo na consagração do Estado Constitucional de Direito, é notável a sua influência para a constitucionalização do direito ordinário, fenômeno que ganhou ímpeto a partir do fortalecimento dos Tribunais Constitucionais aos quais é atribuída a guarda da Constituição. A fim de compreender a temática da constitucionalização a partir da atividade da Jurisdição Constitucional, serão analisadas no plano teórico e prático, as atividades do Tribunal Constitucional Português e Supremo Tribunal Federal, seja pelo Controle de Constitucionalidade ou partir das técnicas decisórias adotadas, necessárias para uma unidade no ordenamento jurídico ancorada na Supremacia Constitucional.

Palavras-chave: Estado constitucional de direito, Supremacia constitucional, Tribunais constitucionais, Constitucionalização do direito ordinário

Abstract/Resumen/Résumé

In view of the outstanding role played by Constitutionalism in consecration of Constitutional State of Law, its influence for constitutionalisation of ordinary law is remarkable, phenomenon that has gained impetus from the strengthening of Constitutional Courts to which the Constitution guard is attributed. In order to understand the issue of constitutionalisation based on the activity of the Constitutional Jurisdiction, activities of the Portuguese Constitutional Court and the Supreme Federal Court will be analyzed in theoretical and practical terms, either by the Constitutional Control or by decision-making techniques adopted, necessary for a Unity in legal system anchored in the Constitutional Supremacy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional state of law, Constitutional supremacy, Constitutional courts, Constitutionalisation of ordinary law

---

[1] Advogada, Técnica do Seguro Social, Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de Coimbra.

Introdução

No desenvolvimento da sociedade civil é certo que a sistemática de organização não tardou a utilizar-se de leis como mecanismo para sua regulação, ainda que fundamentada na religião, sendo visível a sua presença na Antiguidade[1], onde inclusive encontram-se as delineações iniciais dos ideais de *limitação do poder* e *supremacia da lei*, inerentes a um termo relativamente recente designado ao fenômeno que se difundiu de maneira intensa no mundo moderno e contemporâneo, qual seja: O constitucionalismo[2].

Não obstante estiveram ausentes na Idade Média uma evolução dos pressupostos básicos do movimento constitucionalista, sob as ruínas medievais erigiu-se o Estado Moderno, e com ele, as bases do constitucionalismo moderno e do Estado de Direito, visto que houve a retomada dos pressupostos do constitucionalismo anteriormente citados e uma nova formatação de Estado, o Estado de Direito (*Rule of law)*, no qual vigora o Princípio da Legalidade[3].

Após o fim da Segunda Guerra Mundial clamava-se por um novo paradigma de organização jurídico-política no fito de limitar as possíveis arbitrariedades e atrocidades fundamentadas na supremacia da lei, *pura e simples*[4].

Nesse pesar, face a falha do ideal de Estado de Direito inerente a uma concepção Positivista que desvinculava a legalidade de padrões morais e de justiça, na medida em equiparava Direito à lei, abriu-se caminho para uma nova formatação do Estado que não apenas

---

[1] Cfr. BARROSO, Luís Roberto, "O ideal constitucionalista de limitação de poder foi compartilhado por Roma, onde a República se implantou em 529 a.C., ao fim da monarquia etrusca, com a Lei das Doze Tábuas". O autor leciona ainda, que a cidade de Atenas foi o berço do ideal constitucionalista, na medida em que lá foram concebidos e praticados ideais e institutos ainda existentes atualmente, "como a divisão de funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da *lei*, criada por um processo formal adequado e válida para todos", **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28.

[2] Sobre o tema CANOTILHO, José Joaquim Gomes, afirma ser correto a designação de "vários *movimentos constitucionais",* na medida em que o Constitucionalismo "é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante de organização político-social de uma comunidade", **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 18ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

[3] Como referência, cita-se as disputas de poder entre monarquia absolutista e aristocracia parlamentar visualizadas na Inglaterra, país no qual entre outros documentos, fora aprovado o *bill of rights* no ano de 1689, que limitou os poderes do monarca e assegurou direitos ao Parlamento, consagrando a sua supremacia. Em especial a Revolução Gloriosa ocorrida entre 1688 e 1689 que conferiu destaque à posição do Parlamento. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**, 4ª ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1424.

[4] Tal afirmação faz referência aos regimes totalitários Nazismo e Fascismo que se instalaram na primeira metade do século XX, os quais segundo BARROSO, Luís Roberto, "promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade", assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial, "a ética e os valores começaram a retornar ao direito", sendo tais fatores decisivos segundo o autor, para a decadência do positivismo equiparativo entre Direito e lei. Neoconsticuionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil), **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto (Orgs.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 208.

limitasse o poder político e garantisse supremacia a lei, mas que também reconhecesse a Constituição com *status* de norma jurídica[5] apta a salvaguardar direitos mínimos invioláveis dos indivíduos, o que foi fortalecido pelo desenvolvimento da Jurisdição Constitucional e a possibilidade de um efetivo controle de constitucionalidade, esculpindo assim, os moldes do Estado Constitucional de Direito, produto de um novo constitucionalismo[6].

Desta linha, afirma BARROSO que o movimento neoconstitucionalista foi responsável pela consagração do Estado Constitucional de Direito, o desenvolvimento do pós-positivismo e o reconhecimento da Constituição com status de norma jurídica, sendo que esse conjunto de transformações foram essenciais para resultar em um intenso processo de constitucionalização do Direito[7].

Assim, tendo em voga que a jurisdição constitucional exerce um importante papel no controle de constitucionalidade e considerando que suas decisões são dotadas de efeito jurídico e político[8] pois influenciam e até mesmo vinculam, em certos casos, a atividade do legislador ordinário no momento de produzir[9], alterar ou revogar a norma, visto que este, ao fazê-lo, não tem em conta o mero texto da Constituição, mas também o posicionamento e a interpretação dada pelos Tribunais Constitucionais, pode-se afirmar que a grande notoriedade contemporânea conquistada pelo fenômeno da constitucionalização é resultado da criação e fortalecimento dos Tribunais Constitucionais e do seu papel na efetivação e garantia da Constituição, sendo essa atividade essencial para que seja conservado um verdadeiro e íntegro Estado Constitucional de Direito.

Nesse ínterim, no fito de tornar compreensível a difusão teórica e prática da constitucionalização do direito ordinário, o presente trabalho adotou inicialmente a pesquisa bibliográfica e abordou em seu primeiro capítulo os aspectos principais desse fenômeno para posteriormente explanar a sua ocorrência por meio da atividade da Jurisdição Constitucional e, por fim, clarificar a sua visualização no plano fático, possível pela pesquisa jurisprudencial realizada nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira.

---

[5] Trata-se da *força normativa* da Constituição, que segundo GONTIJO, Manfredo Schwaner se refere a "aptidão e poder que as normas constitucionais (princípios e regras) têm para produzirem os seus efeitos", **Constitucionalismo: evolução, características e tendências**, Belo Horizonte: Ed. do Autor, 2015, p. 40

[6] Cfr. BARROSO, a partir desse novo quadro, a Constituição deixou de ser vista como um documento essencialmente político, que apenas funcionava como convite para que os Poderes Públicos atuassem, e que não reconhecia papel relevante ao Judiciário quando a realização da Constituição, Neoconsticuionalismo e Constitucionalização... *op. cit*., p. 209.

[7] Cfr. BARROSO, Neoconsticuionalismo e Constitucionalização... *op. cit*., p. 216.

[8] Cfr. CANOTILHO. *op. cit*., p. 681.

[9] Cfr. CANOTILHO, em razão da posição hierárquico-normativa da Constituição que lhe confere o caráter de "*norma das normas",* ela funciona como a fonte de produção jurídica das demais. *op. cit*., p. 1147.

1. Aspectos da Constitucionalização do direito ordinário

Após a eminente evolução exposta que transpassa os séculos no que tange o direito constitucional e o fenômeno do Constitucionalismo, alocador da Constituição como Carta parâmetro de todo o ordenamento jurídico, erigido sobre o ideal de limitação de poder, Supremacia da Constituição e responsável pela ampliação das competências da Justiça Constitucional como garante desses postulados, verifica-se como consequência lógica a crescente constitucionalização dos ramos infraconstitucionais do direito[10].

Como *leading case*[11] da constitucionalização do direito remete-se a Alemanha, local no qual o Tribunal Constitucional Federal, sob a égide da Lei Fundamental de 1949, determinou que além da dimensão subjetiva de proteção dos direitos fundamentais esses também eram responsáveis pela instituição de um sistema jurídico que protegesse determinados direitos e valores (*ordem objetiva de valores*), sendo que essas normas condicionariam a interpretação de todos os ramos do Direito[12].

O jurista RICCARDO GUASTINI, introduziu uma lista de condições da constitucionalização do direito, que ao serem realizadas, segundo o autor, terão um ordenamento jurídico totalmente *impregnado* pelas normas constitucionais[13].

Dentre elas, como indispensáveis para a constitucionalização, encontam-se a existência de uma Constituição rígida e a garantia jurisdicional da Constituição[14/15] por meio do controle da conformidade das leis com a mesma.

---

[10] Entende-se a constitucionalização do ordenamento jurídico, segundo proposto por FAVOREU (*apud* GUASTINI, Ricardo), como "un processo de transformación de un ordenamento al término del cual el ordenamento em cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales". GUASTINI, Ricardo. La «constitucionalización» del ordenamento jurídico: el caso italiano, **Neoconstitucionalismo(s)**, Edición de Miguel Carbonell, Madri: Trotta, 2009, p. 49.

[11] Alude-se ao caso Lüth como primeiro precedente, julgado em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. SCHWABE, Jurgen, **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Org: Leonardo Martins, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 381-382.

[12] Cfr. BARROSO, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito... *op. cit.*, p. 220.

[13] Cfr. GUASTINI, *op. cit.*, p. 49-57.

[14] Sobre uma abordagem da garantia judicial como princípio essencial do constitucionalismo moderno inerente à Justiça Constitucional, leciona CORREIA, Fernando Alves, que "a garantia da Constituição deve ser essencialmente uma *garantia judicial*, devendo a tarefa de "guarda da constituição"(*Huter der Verfassung)*, de acordo com sugestão de H. KELSEN, ser efetivamente confiada a um tribunal próprio e específico, situado fora da ordem ou das ordens judiciárias comuns, e integrado por juízes, não designados ordinariamente de entre os membros do corpo de magistrados de carreira, mas objeto deu m processo de escolha especial, com participação preponderante de um órgão político (*in causu*, a Assembleia da República), e assim, recebendo uma qualificada legitimação (ainda que os diferentes tribunais nao sejam de todo afastados de realização da justiça constitucional, já que lhes é reconhecida uma competência de *judicial review* ou de controlo *desconcentrado* ou *difuso*, baseado no seu poder-dever de não aplicar, nas questões submetidas ao seu julgamento, normas contrárias à Constituição)". **Justiça Constitucional**, Coimbra: Almedina, 2016, p. 21-24.

[15] Quanto a esse controle, assevera COSTA, José Manuel M. Cardoso da, que com a criação dos Tribunais Constitucionais com a função de solucionar "questões jurídico-constitucionais, e, logo, para a aplicação e garantia

Também é necessário que a Constituição seja dotada de força vinculante, de modo que seja reconhecida como norma jurídica genuína suscetível de produzir efeitos e, além disso, que seja realizada a *sobreinterpretação* pelos Tribunais Constitucionais (quando existirem) ou ainda pelos juízes, pela qual realizem uma interpretação extensiva para preencher as lacunas por ventura existentes no texto constitucional.

Há que se destacar que a constitucionalização da lei ordinária, não obstante recente no histórico mundial ocorre em diferentes níveis. Inicialmente, tem-se a dimensão que a força normativa e a supremacia da *lei maior* juntamente com o princípio da constitucionalidade são determinantes no processo legislativo[16] e na liberdade de conformação do legislador[17], tendo em vista que esse acaba ficando *vinculado* no momento da edição da norma de que está não viole a Constituição, fonte de primária no processo de criação do direito, bem como respeite os princípios e a ordem a ela inerentes.

Dentre os mecanismos de visualização prática da constitucionalização do direito cita-se aqueles densificados na atuação da Justiça Constitucional, quais sejam: a revogação de normas anteriores à Constituição ou à emenda constitucional, que sejam com elas incompatíveis; a decisão que declara inconstitucional as normas inconstitucionais posteriores à Constituição ou ainda, que declara a inconstitucionalidade por omissão; e a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição[18].

Como efeitos da constitucionalização do direito, segundo ALVES CORREIA, indica-se inicialmente a "transformação dos vários ramos do direito", que sofreram profunda mutação ao terem que adaptar seu conteúdo as regras e princípios específicos de sua seara que passaram a estar condensados na Constituição. Verificou-se também a *modernização* do direito ordinário, pois as transformações anteriormente citadas conduziram a um "aperfeiçoamento dos princípios e institutos fundamentais dos vários sectores ou fracções do direito infra-constitucional".

---

da observância da «norma» da Constituição", também foram implantados os meios contenciosos para efetivar essas funções, especialmente o controle concentrado de constitucionalidade. Sobre a «constitucionalização» do direito privado (Breve reflexão), **Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo**, Coimbra: Almedina, 2013, p. 571

[16] Essa vinculação decorrente da supremacia irradiada pela Constituição, segundo CANOTILHO, vai aquém da leis serem feitas observando a forma e procedimento previstos constitucionalmente, mas estabelece que as mesmas não podem contrariar o princípio da constitucionalidade, servindo a Constituição como *parâmetro material intrínseco* dos atos legislativos, que só serão validos se conformes materialmente com ela. *op. cit.*, p. 246.

[17] Alerta MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet "Não é correto supor que as normas constitucionais determinam integralmente todo o conteúdo possível das normas infraconstitucionais. Elas regulam apenas em parte a deliberação legislativa que lhes confere desenvolvimento. O legislador, no entanto, na tarefa de concretizar o que está disposto na norma constitucional, não perde a liberdade de conformação, a autonomia de determinação. Mas essa liberdade não é plena, não pode prescindir dos limites decorrentes das normas constitucionais". **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66.

[18] Cfr. BARROSO. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...** *op. cit.*, p. 391.

Outro efeito se refere ao implemento da "*unidade* e da *simplificação* do ordenamento jurídico", tendo em nota que o fundamento dos variados ramos do direito passou a ser as regras e princípios constitucionais, o que resulta na "*unidade da ordem jurídica*"[19] e contribui decisivamente para a *simplificação* do direito". A última consequência elencada, trata da produção de uma "profunda mutação na *teoria das fontes* do direito", que desloca a lei do "eixo essencial da ordem jurídica" para dar lugar à Constituição.

Ademais, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, a constitucionalização do direito infraconstitucional ganhou maior palco, visto que essa Carta passou a disciplinar várias matérias relativas aos diversos ramos do direito, seja na seara do direito ambiental, administrativo, previdenciário ou tributário[20].

Desse modo, a constitucionalização do direito irradia efeitos pelos diversos ramos infraconstitucionais, seja na seara do direito público ou direito privado, com ênfase, todavia, no direito civil, na medida em que a partir da ordem instaurada pelos ditames do constitucionalismo, o direito civil deixou de ser o norte do ordenamento jurídico, dando lugar à Constituição[21].

Nesse sentido, assera LOBO que "os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos"[22]. Assim, pode-se observar que o direito de propriedade, antes concebido como valor absoluto, a partir da Constituição Brasileira de 1988, em razão do artigo 225º[23] desse diploma elevar o meio ambiente a *macrolimite constitucional insuperável*,

---

[19] Nessa linha, CANOTILHO, atribui a Constituição o papel "de elemento unificador do sistema quando, através do *princípio da conformidade*, se exige a consonância de todos os actos dos poderes públicos com as regras e princípios da constituição (cfr. CRP, art. 6). Por outro lado, a constituição garante a tendencial unidade não como "norma centro" ou "norma dirigente" fundamental do Estado, mas como *estatuto de justiça do político*, ou seja, como *quadro moral e racional* do discurso político conformador da ordem normativo-constitucional através de um conjunto de princípios e regras incorporadores de "valores básicos" do ordenamento jurídico". *op. cit.*, p. 1152.

[20] A partir do artigo 145, a Constituição Federal de 1988 inicia o título que trata do Sistema Tributário Nacional. No artigo 225, encontram-se incumbências do Poder Público sobre a preservação do meio ambiente. A Seguridade Social também possui espaço específico a partir do artigo 194 da Carta. No capítulo VII, com início no artigo 37, encontram-se as previsões acerca da Administração Pública.

[21] Cfr. MORAIS, Maria Celina Bodin de, A Constitucionalização do Direito Civil, **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999, p. 77-89. Nesse entendimento, CANOTILHO, assevera que "não se pode falar, por exemplo, do direito civil como direito autónomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado (ex: CRP, art. 36º; [...] o direito processual (penal e civil) concebe-se hoje como materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais e, nesse sentido, se fala da crescente "constitucionalização" da ordem processual civil, e, sobretudo, penal (cfr. CRP, art. 32º)". Como consequência, afirma COSTA que "todos os ramos do direito são constituídos por normas de direito ordinário e de direito constitucional". *op. cit.*, p. 565.

[22] LÔBO, Paulo Luiz Netto, Constitucionalização do direito civil, **Revista De Informação Legislativa**. Ano 36, n. 141, janeiro/março 1999, Brasília: Separata, 1999, p. 120.

[23] Cfr. Artigo 225 da Constituição Federal de 1988: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

passou a exigir que esse direito fosse compatível com a preservação do meio ambiente em prol ao desenvolvimento ecologicamente sustentável. Nesse mesmo sentido, o artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição determina que a propriedade deverá atender a sua função social[24].

Ademais, a partir dessa concepção da Constituição como *tronco* dos demais ramos do direito, visto que essa pré-determina em diferentes intensidades o conteúdo dos mesmos, pode-se falar que essas searas jurídicas específicas são *direito constitucional concretizado*[25].

2. A Constitucionalização dos ramos infraconstitucionais a partir da atividade da Justiça Constitucional

Insta ressaltar que não obstante a Constituição seja dotada de relevância para constitucionalização dos ramos infraconstitucionais no que tange a criação do direito, tal fenômeno, no entanto, ganha a devida expressão quando a sua ocorrência deriva da atividade exercida pela Justiça Constitucional.

Atenta-se ao fato de que a Justiça Constitucional, especialmente na figura dos Tribunais Constitucionais, influi nessa temática por meio de diversos mecanismos processuais cuja competência lhes pertence, especialmente pelos efeitos de algumas de suas decisões alcançarem dimensões que excedem o caso concreto.

Na temática da constitucionalização do direito ordinário, constata-se que a partir do controle de constitucionalidade a Jurisdição Constitucional exerce sua função *criadora* do direito infraconstitucional, a qual se expressa em três níveis[26].

O primeiro se consubstancia na atividade das Cortes Constitucionais nas declarações de inconstitucionalidade com eficácia contra todos, por meio das quais retira-se do ordenamento jurídico as leis que contrariem a Constituição e os princípios nela condensados. O segundo nível, se expressa na "influência das decisões positivas de inconstitucionalidade nas reformas legislativas que estabelecem a harmonia das normas legais censuradas com as regras e princípios que serviram de padrão de juízo de inconstitucionalidade", desse modo, leva-se a uma *modernização* do direito infraconstitucional e seus institutos, na medida em que as reformas realizadas pela atividade legiferante são inspiradas nas fundamentações das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional.

O último nível é verificado com as *decisões interpretativas,* que excedem os tradicionais juízos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e "conduzem

[24] Cfr. LÔBO. *op. cit.,* p. 120.
[25] Idem ibidem, p. 120.
[26] Cfr. CORREIA, **Justiça Constitucional....** *op. cit.,* p. 40-42.

frequentemente a uma *interpretação conforme à Constituição,* nas *decisões de inconstitucionalidade parcial,* nas *decisões aditivas,* e nas *decisões substitutivas*", por meio das quais o sentido e alcance da norma em questão é reelaborado pelo Tribunal Constitucional.

Dessa via, para uma completa compreensão do afirmado, bem como das posteriores jurisprudência a serem analisadas, é necessário expor de forma preliminar o funcionamento do controle de constitucionalidade e algumas das possíveis técnicas decisórias que vem sendo utilizadas pela Justiça Constitucional, tendo como parâmetro a doutrina e jurisprudência relativas ao Tribunal Constitucional em Portugal e o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

2.1. O controle de constitucionalidade

Considerando a acepção de ALVES CORREIA acerca da constitucionalização do direito como "fenómeno que tem sua origem [...] na já referida função interpretativo-concretizadora, densificadora e criadora da jurisdição constitucional"[27], importa salientar que o cumprimento dessas funções, se dá por meio do Controle de Constitucionalidade[28], seja ele, concreto ou abstrato e dentro do qual a interpretação conforme a Constituição a ser tratada, entre outras *decisões intermédias*, são técnicas correlatas.

O controle de constitucionalidade encontra fundamento na Supremacia da Constituição, em virtude de pressupor um escalonamento normativo que dispõe ser a *carta fundamental* o referente no qual o legislador encontra a forma e o conteúdo para a elaboração legislativa e, como norma hierarquicamente superior, nenhum ato normativo que dela decorra pode modifica-la ou suprimi-la[29].

O modelo de controle vigente em Portugal e no Brasil caracteriza-se como misto[30], na medida em que é composto por um controle concreto ou difuso de constitucionalidade, o qual

---

[27] Cfr. CORREIA, Fernando Alves, **Manual de direito do urbanismo**, Vol. II, 4ª ed, Coimbra: Almedina, 2012, p. 39.

[28] Consoante ao exposto, afirma COSTA que entre os modos pelos quais opera-se a constitucionalização do direito privado, encontra-se especialmente "o da aferição das suas *normas* pelo padrão da lei fundamental: há-de decorrer tal aferição, evidentemente, através das diferentes possibilidades e dos diferentes instrumentos processuais do controlo da constitucionalidade do direito ordinário – e o haver ela passado a conhecer uma efectiva e frequente aplicação deveu-se justamente ao desenvolvimento (antes referido) que um tal controlo conheceu no constitucionalismo contemporâneo". *op. cit.*, p. 572.

[29] Cfr. MORAIS, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 30ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 721.

[30] Cfr. CANOTILHO. *op. cit.*, p. 917, Segundo MOREIRA, Vital, "Portugal é um dos países pioneiros e um dos mais caraterísticos exemplos de coabitação entre o «sistema americano» e o «sistema austríaco» de justiça constitucional". A «fiscalização concreta» no quadro do sistema misto de justiça constitucional, **Boletim da Faculdade de Direito**, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 815.

se baseia no modelo norte-americano da *judicial review*, bem como também abarca um controle concentrado ou abstrato, com origem no sistema austríaco[31].

O controle concreto (difuso) pode ser traduzido no direito/dever dos órgãos do judiciário em fiscalizar se as normas a serem aplicadas à um caso concreto são compatíveis com as leis constitucionais e seus princípios[32], pois não o sendo, deve ser recusada a sua aplicação, sendo tal controle realizado por qualquer juiz ou tribunal, inclusive pelas Cortes Constitucionais.

Na fiscalização concreta em Portugal, na medida em que essa é exercida por todos os tribunais[33] na forma do artigo 204º da Constituição Portuguesa, afirma-se o sistema ser "*difuso na base* e *concentrado no topo",* isso porque as decisões dos tribunais relativamente a questões de inconstitucionalidade são suscetíveis de recurso para o Tribunal Constitucional (por vezes, o Recurso é obrigatório ao Ministério Público, nos termos do artigo 280º, nº 3 e 5 da Constituição), ao qual cabe a palavra final sobre a inconstitucionalidade com efeitos limitados ao caso concreto subjacente ao recurso interposto[34].

No Brasil, no âmbito da fiscalização concreta, a atividade é exercida tanto pelo Supremo Tribunal Federal[35], como instância máxima da jurisdição brasileira, bem como pelos juízes e Tribunais, exigindo-se nos moldes do artigo 94 da Constituição Federal, que somente será declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, de maneira que essa *cláusula de reserva de plenário* opere como condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade, sendo aplicável para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado[36].

Desse modo, por meio do controle difuso de constitucionalidade, a atuação da justiça constitucional no fito de dar uma solução ao caso concreto sem aplicar a legislação eivada por

---

[31] Cfr. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.,* p. 1453.
[32] Cfr. CANOTILHO. *op. cit.,* p. 983.
[33] Nesse sentido, considerando que no sistema português os tribunais têm acesso direito à constituição com competência plena para decidir sobre a inconstitucionalidade, afirma CANOTILHO que todos os tribunais, e não apenas o Tribunal Constitucional, são *"órgãos da justiça constitucional". op. cit.,* p. 912.
[34] Cfr. CORREIA. *op. cit.,* p. 124.
[35] Segundo MENDES e BRANCO, o Supremo Tribunal Federal será provocado por meio de recursos nas demandas que já foram decididas em última ou única instância por outras cortes, ou em razão da sua competência originária para julgar certas ações constitucionais. *op. cit.,* p. 1120.
[36] Cfr. MORAIS, Alexandre de. *op. cit.,* p. 735. Cfr. STF. **Recurso Extraordinário nº 179.170/CE**, Ministro Moreira Alves, DJE 09/06/98 . Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28179170%2ENUME%2E+OU+179170%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j25xmet> Acesso: 20 de jan. de 2017.

inconstitucionalidade, é salutar para a constitucionalização do direito, ainda que *silenciosa,* face os efeitos da decisão, em regra[37], serem restritos ao caso concreto.

O controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade é realizado exclusivamente pelos Tribunais Constitucionais, Tribunal Constitucional Português e Supremo Tribunal Federal, respectivamente, cuja característica das decisões é possuir eficácia *erga omnes.*

A justiça constitucional realiza o controle abstrato em Portugal sob três âmbitos diferentes, quais sejam: *preventivo, sucessivo direto* ou *por omissão,* todavia, manteremos nosso enfoque primordialmente sob o controle sucessivo direto, também denominado *por via principal.*

Sobre o controle preventivo, faz-se a breve menção de que havendo a pronúncia pela inconstitucionalidade da norma, o diploma objeto da análise deve ser obrigatoriamente vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, no fito de evitar que se insira no ordenamento jurídico norma contrária à *lei maior.*

Não obstante no Brasil não haja um controle preventivo jurisdicional[38], o Supremo Tribunal Federal passou a entender que no fito de garantir o *devido processo legislativo,* é possível o exercício de controle pela Corte durante todo o processo legislativo, todavia, esse controle é restrito para garantir que o procedimento seja realizado em total conformidade com as regras da Constituição, ressalvando que esse controle não se estende aos aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos *interna corporis*[39].

Na fiscalização abstrata *por omissão* a Corte Constitucional pode proferir decisões positivas ou negativas quanto a verificação da presença de inconstitucionalidade por omissão. Caso essa seja reconhecida, cabe ao próprio Tribunal dar conhecimento ao órgão legiferante

---

[37] A Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 52, inciso X, a possibilidade do Senado Federal suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, ocorrendo uma *abstrativização dos efeitos do controle difuso.* Cfr. LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**, 15ª ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185. Cita-se o posicionamento de MENDES, Gilmar Ferreira, sobre a questão, segundo o qual "se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa". O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional**, Revista de Informação Legislativa**, nº 162, abril/junho, Senado Federal, 2004, p. 165.

[38] Cfr. CORREIA, **Justiça Constitucional....** *op. cit.*, p. 219.

[39] A previsão da possibilidade do controle preventivo exercido via jurisdicional para a defesa do *devido processo legislativo* foi reconhecida pelo STF como caso paradigmático no Mandado de Segurança nº 20.257/DF. Ministro Décio Miranda, DJE 08/10/1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2820257%2ENUME%2E+OU+20257%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gpb85wm> Acesso: 24 de jan. de 2017.

sobre a omissão, todavia, à decisão não é conferida qualquer eficácia jurídica direta em relação a esse órgão, bem como não pode a Corte Portuguesa criar o regime faltante.[40]

Na ordem jurídica brasileira, o controle abstrato por omissão ocorre via Ação direta (ADI por omissão), cujo objeto é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional ou, ainda, segundo o entendimento do STF, a *inertia deliberandi* (mora do legislador em deliberar) quando já há processo legislativo em curso, e, caso seja declarada a inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103, §2º, da Constituição Federal, ao Poder competente será dada a ciência para adotar as providências necessárias[41].

A fiscalização abstrata por omissão visa chamar o legislador ordinário, apesar de não o obrigar, para que exerça sua função constitucionalmente legitimada, face a sua *inércia* quanto a edição da norma faltante, de modo que ao fazê-lo, também tentará cumprir o papel de concretizar a Constituição.

Já o controle abstrato sucessivo direto ocorre quando o Tribunal Constitucional, na defesa da Constituição, afere a conformidade de dada norma com o *parâmetro normativo-constitucional*, independentemente da existência de um caso concreto subjacente.[42]

Em Portugal, apesar da força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade na fiscalização abstrata, de modo que a norma seja eliminada do ordenamento jurídico desde a sua entrada em vigor e ocorra a repristinação das normas por ela revogadas, a decisão não faz, todavia, caso julgado, podendo a questão ser novamente apreciada pelo Tribunal.[43]

A fiscalização abstrata direta no ordenamento brasileiro se verifica mediante o ajuizamento de uma ação direta na qual o pedido principal é a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, dessa via, diferente do controle difuso, em que a questão constitucional se limita a questão prejudicial à solução do caso, no controle concentrado a questão constitucional tem natureza de *questão principal.*[44]

A decisão final, conforme já mencionado, cabe ao Supremo Tribunal Federal, a qual tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, bem como tem o condão de pronunciar a nulidade *ab initio* da lei ou do

---

[40] Cfr. CORREIA, **Justiça Constitucional....** *op. cit.*, p. 231.
[41] Cfr. MENDES e BRANCO. *op. cit.*, p. 1200-1203. Nesse sentido, decidiu o STF na ADI nº 3.682. Ministro Gilmar Mendes, DJE 16/09/08 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3682&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso: 24 de jan. de 2017.
[42] Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1005.
[43] Cfr. CORREIA, **Justiça Constitucional** *op. cit.*, p. 224.
[44] Cfr. JÚNIOR, Dirley da Cunha, **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**, Salvador: Jus Podvm, 2006, p. 163.

ato normativo objeto da ação, com o efeito de constitucionalizar a ordem jurídica infraconstitucional ao retirar da mesma a norma eivada por inconstitucionalidade.

2.2. Técnicas decisórias

Tendo em vista a relevância e impacto visualizados a partir das decisões que fazem uso de técnicas decisórias nos casos em que a solução exija mais do que o *dualismo radical* entre atos normativos inconstitucionais ou constitucionais[45], será analisado nesse tópico apartado algumas das técnicas decisória (ou também denominadas *decisões intermédias*) aplicadas pela jurisdição constitucional portuguesa e brasileira.

As chamadas *sentenças interpretativas*, geralmente conduzem a utilização do Princípio da Interpretação conforme à Constituição[46], o qual tem dupla natureza na medida em que é simultaneamente técnica de interpretação e mecanismo de controle de constitucionalidade[47].

Como princípio de controle, será aplicado quando estiverem presentes interpretações polissêmicas, visto que a utilização dos vários elementos interpretativos tradicionais não atingiu êxito na obtenção um sentido inequívoco dentre os vários possíveis significados da norma. Assim, buscará pela aplicação do princípio a melhor interpretação quanto ao sentido em conformidade com à Constituição[48].

Nessa perspectiva, a interpretação conforme à Constituição segundo I. WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, opera como "instrumento de autocontenção" (*self restraint*) da jurisdição constitucional em relação aos atos legislativos, pois sempre que for possível, será atribuído um sentido constitucional a norma, desde que esse não distorça ou reescreve o texto legal, de modo a evitar a declaração de inconstitucionalidade, que só ocorrerá como última medida[49].

---

[45] Cfr. CORREIA, **Justiça Constitucional...** *op. cit.*, p. 293.
[46] Idem Ibidem, p. 294.
[47] Cfr. BARROSO, **Curso de Direito Constitucional...** *op. cit.*, p. 325.
[48] Cfr. CANOTILHO. *op. cit.*, p. 1226.
[49] Cfr. SARLET; MARINONI; MITIDIERO. *op. cit.*, p. 359. Nesse mesmo sentido, CANOTILHO assevera que se for constatada que a interpretação dada, cria uma regulação nova, distinta da vontade do legislador, não deverá ser aplicada a interpretação conforme à Constituição. Ob. Cit., p. 1227. Corroborando com esse entendimento, ao julgar a Representação nº 1.417, Ministro Moreira Alves, DJE 15/04/98, determinou o STF que "A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o S.T.F – Em sua função de corte constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo poder legislativo". Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2803880/representacao-rp-1417-df> Acesso: 19 de jan. de 2017. O Tribunal Constitucional Português também reconhece que a aplicação desse princípio encontra limites na "letra e

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal manifestou expressamente seu entendimento de que a interpretação conforme à Constituição é reconhecida como modalidade de controle de constitucionalidade e não apenas uma regra de interpretação, conforme trecho da ementa do acórdão "O princípio da Interpretação conforme a Constituição é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação"[50].

Considerando o exposto, ao adotar entre várias interpretações possíveis aquela melhor orientada para à Constituição, não obstante não ocorra uma alteração expressa da lei nesse sentido, resta evidente a influência da aplicação do princípio da interpretação conforme por parte da Justiça Constitucional na temática da constitucionalização do direito, tendo em vista que sem modificar o ordenamento, esse torna-se compatibilizado com a *carta maior*, especialmente no Brasil quando a decisão for proferida pelo STF, em razão da eficácia contra todos e efeito vinculante que a qualifica[51], de modo que constitucionaliza-se o ordenamento jurídico a partir de uma nova interpretação *constitucional* que lhe é concedida.

Ademais, vale destacar que foi observada uma evolução no posicionamento da jurisprudência da Corte Brasileira, que anteriormente equiparava[52] a aplicação do princípio da

---

clara vontade do legislador", nesse sentido: Acórdão nº 162/1995. Cfr. CORREIA, Fernando Alves, **Justiça Constitucional**... *op. cit.*, p. 296.

[50] Cfr. STF. **Representação nº 1.417**. Ministro Moreira Alves, DJE 15/04/98. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2803880/representacao-rp-1417-df> Acesso: 19 de jan. de 2017.

[51] Cfr. Artigo 28, Parágrafo Único da Lei n. 9.868/1999, Brasil. Destaca-se que em Portugal, conforme menciona CORREIA, o Tribunal Constitucional, "por razões de ordem pragmática", em vez de realizar a Interpretação conforme à Constituição, profere nos processos de fiscalização abstrata sucessiva uma "declaração de inconstitucionalidade parcial", tendo em vista que essa última, qualificada como *declaração de inconstitucionalidade*, tem força obrigatória geral, conforme Artigo 281, 1, a, da Constituição Portuguesa de 1976, diferente do que ocorreria com a mera aplicação do princípio, que somente é obrigatória aos outros tribunais intervenientes no processo, nos moldes o artigo 80º, nº 3, da Lei do Tribunal Constitucional. **Justiça Constitucional...** *op. cit.*, p. 296-298.

[52] Essa equiparação foi visualizada na decisão já mencionada acerca da Reclamação 1.417, e recebeu as deveras críticas da doutrina, pois realizava segundo MENDES e BRANCO a "conversão de uma modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os tribunais e juízes, em técnica de declaração de inconstitucionalidade", desse modo, não seria possível entender as figuras como equiparadas quando a interpretação conforme à Constituição fosse realizada por tribunais ordinários, na medida em que suas decisões não possuem força vinculante geral. *op. cit.*, p. 1.313 – 1314. Além da problemática quanto a equiparação relativa a eficácia da decisão a depender do órgão que a proferir, BASTOS, Celso Ribeiro, atenta para a diferença na finalidade das figuras, visto que com o Princípio da Interpretação conforme à Constituição, conforme supra exposto, busca-se encontrar um sentido a norma que seja consoante os princípios e leis inconstitucionais. Já a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto revela-se como técnica "na qual se declara a inconstitucionalidade parcial da norma sem reduzir o seu texto, ou seja, sem alterar a expressão literal da lei. Normalmente, ela é empregada quando a norma é redigida em linguagem ampla e que abrange várias hipóteses, sendo uma delas inconstitucional. Assim, a lei continua tendo vigência - não se altera a sua expressão literal –, mas o Supremo Tribunal Federal deixa consignado o trecho da norma que é inconstitucional. É dizer, uma das variantes da lei é inconstitucional. Portanto, faz-se possível afirmar que essa técnica de interpretação ocorre, quando – pela redação do texto na qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional – não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar a parte inconstitucional. Impõe-se, então, a suspensão da

interpretação conforme a Constituição a uma Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, e passou a reconhecer a diferença das figuras[53], conforme atesta-se nas decisões proferidas na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 491, também na ADI nº 939[54].

Outra *técnica intermédia decisória* denomina-se decisão de mera declaração de inconstitucionalidade, a qual é adotada especialmente pelo Tribunal Federal Alemão e, também, pelo Supremo Tribunal Federal, em que ocorre uma declaração da inconstitucionalidade da lei pelo Tribunal Constitucional, "mas não liga a essa declaração a correspondente nulidade"[55].

No ordenamento jurídico brasileiro é comummente denominada *declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos* ou *sem a pronúncia da nulidade,* e segundo MENDES e BRANCO[56], sua formatação atual foi possível a partir da Constituição de 1988, na medida em que passou a ser previsto um controle abstrato de constitucionalidade por omissão do legislador no artigo 103, §2º, juntamente com o mandado de injunção previsto no artigo art. 5º, LXXI[57], da Constituição. Assim, por meio desses mecanismos judiciais, havendo a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, é possível provocar o legislativo e dar-lhe oportunidade para sanar a inconstitucionalidade[58].

A questão ganhou nova dimensão prática com a edição da Lei nº 9.868/99, que passou a dispor no artigo 27, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade ter seus efeitos restringidos ou, ainda, produzir efeitos *para o futuro*, quando estiverem presentes razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, e desde que obtida a aprovação por maioria de dois terços do Supremo Tribunal Federal[59].

---

eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal". **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, São Paulo: Celsos Bastos Editor, 1999, p. 175.

[53] Cfr. CORREIA, Fernando Alves, ambas estão inseridas no conceito de decisões interpretativas, mas são "duas faces da mesma moeda", na medida em que na *interpretação conforme* prevalece o *sentido não inconstitucional* da lei, por outro lado, na declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa, quando a norma for interpretada em dado sentido prevalece a declaração de sua inconstitucionalidade. **Justiça Constitucional...** *op. cit.,* p. 303.

[54] Cfr. MENDES e BRANCO. *op. cit.,* p. 1313-1315.

[55] Cfr. CORREIA, **Justiça Constitucional...** *op. cit.,* p. 308.

[56] Cfr. MENDES e BRANCO. *op. cit.,* p. 1323.

[57] Cfr. Artigo 5, LXXI, CF/88 "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".

[58] Nesse sentido, de acordo com CANOTILHO, "Por um lado, a norma continua a vigorar; por outro lado, a declaração de incompatibilidade pretende constituir uma «barreira» ou «proibição» de aplicação dirigida aos tribunais e entidades administrativas. Relativamente ao legislador, a «sobrevivência da norma» significa apenas que ele deve criar uma disciplina jurídica constitucional num prazo adequado". *op. cit.,* p. 958.

[59] Cfr. MENDES e BRANCO. *op. cit.,* p. 1323.

Ao tratar do ordenamento jurídico português, não há consenso quanto a adoção dessa técnica na doutrina[60]. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, não obstante já houveram decisões que caracterizem a mera declaração de inconstitucionalidade, essas se deram em casos excepcionais e geridas com cautela, como no Acórdão nº 353/2012[61].

Já a decisão apelativa[62], também visualizada na jurisprudência portuguesa[63], ocorre quando o Tribunal profere uma decisão de rejeição da inconstitucionalidade, mas pronúncia sobre a possibilidade dessa norma *ainda* constitucional converter-se em inconstitucional visto a presença de uma *deficiência* na norma impugnada, desse modo, essa pronúncia funciona como um apelo ao legislador para que o mesmo realize as medidas no sentido de corrigir ou adequar a norma[64].

Apesar dessa técnica não ter como efeito obrigar juridicamente o legislativo a entabular as alterações necessárias na lei, o apelo ao legislador, para garantir a manutenção da constitucionalidade da norma, funciona como uma das várias facetas da justiça constitucional que concede visibilidade ao legislativo sobre a necessidade de modificar a legislação ordinária em prol a sua compatibilização com a Constituição, e, por consequência, constitucionalizá-la, sem que seja necessária a declaração de inconstitucionalidade.

3. A Constitucionalização do direito na jurisprudência

Ante as considerações feitas nos tópicos anteriores sobre a relevância da Jurisdição Constitucional especialmente nas figuras do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal, os quais a partir das suas decisões, seja em sede de controle difuso ou abstrato, ou ainda, quanto a adoção de técnicas decisórias específicas, como a *interpretação conforme*, exercem massiva influência na ocorrência da constitucionalização do direito infraconstitucional, traz-se à baila em específico, casos da jurisprudência em que se constate decisões com o efeito de constitucionalizar a lei ordinária, bem como casos em que

---

[60] Segundo leciona CORREIA, sem que haja uma alteração na lei constitucional, no que tange os efeitos das decisões (atualmente disposto no artigo 282º da Constituição), não seria possível ao Tribunal Constitucional limitar os efeitos da decisão *pro futuro.* **Justiça Constitucional...** *op. cit.*, p. 313. Nessa linha, CANOTILHO afirma que "A não atribuição dos efeitos da nulidade *ipso jure* não pode implicar a sobrevivência e aplicação da norma considerada inconstitucional, nem os «perigos» de lacunas legislativas se podem sobrepor aos perigos da erosão do princípio da constitucionalidade dos actos normativos". *op. cit.*, p. 1018.

[61] Cfr. CORREIA, **Justiça Constitucional...** *op. cit.*, p. 312-313.

[62] Sobre as *decisões apelativas*, CANOTILHO afirma que nelas "o Tribunal considera que uma lei ou uma situação jurídica ainda não é inconstitucional, mas faz um apelo ao legislador no sentido de «melhorar ou alterar a lei no sentido de evitar o trânsito para a inconstitucionalidade»". *op. cit.*, p. 1018.

[63] Cfr. **Acordão nº 154/86.** Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860154.html> Acesso: 19 de jan. de 2017.

[64] Cfr. JÚNIOR, Dirley da Cunha. *op. cit.*, p. 221.

possivelmente a postura ativa do legislador ordinário em exercer a função legiferante decorreu de uma manifestação anterior do Poder Judiciário acerca da temática normativa.

3.1. Portugal

O primeiro caso objeto de análise é o Acórdão nº 359/91[65] do Tribunal Constitucional, no qual, após a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça acerca do artigo 1110º, nºs 2 e 3, do Código Civil, no sentido de que a "atribuição do arrendamento a um dos cônjuges, no caso de divórcio ou de separação judicial, da casa de morada da família" não poderia ser aplicada analogicamente nos casos em que houvesse a extinção da *união de facto,* mesmo quando desta houvesse filhos menores por tal analogia violar o artigo 11º do Código Civil, a Corte Constitucional portuguesa declarou inconstitucional o entendimento, visto o mesmo violar o *princípio da não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento,* consagrado no artigo 36º, nº 4, da Constituição.

Verifica-se que posteriormente a decisão da Corte foi promulgada pelo Poder Legislativo a Lei nº 7/2001, de 11 de maio, a qual adotou em seu texto medidas de proteção às uniões de fato, inclusive, o artigo 4º da Lei (versão mais recente Lei nº 2/2016, de 29/02) determina "O disposto nos artigos 1105º[66] e 1793º do Código Civil é aplicável, com as necessárias adaptações, em caso de ruptura da união de facto".

Outra questão analisada pelo Tribunal Constitucional foi o prazo de caducidade da propositura das ações de investigação de paternidade, ao qual eram aplicadas as regras do artigo 1817º do Código Civil, Lei nº 61/2008, de 31/10[67] (em razão do Artigo 1873º do Código Civil, Lei nº 61/2008, de 31/10, fazer essa remissão). Esse prazo inicialmente foi objeto do Acórdão

---

[65] **Acórdão nº 359/91.** Conselheiro Monteiro Dinizi. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html> Acesso: 20 de jan. de 2017.

[66] Artigo 1105 do Código Civil (versão mais recente Lei n.º 150/2015, de 10/09) "1. Incidindo o arrendamento sobre casa de morada de família, o seu destino é, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles".

[67] Cfr. Artigo 1817º do Código Civil, Lei nº 61/2009, de 31/10: "1. A acção de investigação de maternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação. 2. Se não for possível estabelecer a maternidade em consequência do disposto no artigo 1815.º, a acção pode ser proposta no ano seguinte à rectificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo inibitório, contanto que a remoção do obstáculo tenha sido requerida até ao termo do prazo estabelecido no número anterior, se para tal o investigante tiver legitimidade. 3. Se a acção se fundar em escrito no qual a pretensa mãe declare inequivocamente a maternidade, pode ser intentada nos seis meses posteriores à data em que o autor conheceu ou devia ter conhecido o conteúdo do escrito. 4 - Se o investigante for tratado como filho pela pretensa mãe, sem que tenha cessado voluntariamente esse tratamento, a acção pode ser proposta até um ano posterior à data da morte daquela; tendo cessado voluntariamente o tratamento como filho, a acção pode ser proposta dentro do prazo de um ano a contar da data em que o tratamento tiver cessado. 5 - Se o investigante, sem que tenha cessado voluntariamente o tratamento como filho, falecer antes da pretensa mãe, a acção pode ser proposta até um ano posterior à data da morte daquele; tendo cessado voluntariamente o tratamento como filho antes da morte deste, é aplicável o disposto na segunda parte do número anterior. 6 - Nos casos a que se referem os n.os 4 e 5 incumbe ao réu a prova da cessação voluntária do tratamento no ano anterior à propositura da acção".

nº 99/88[68], em que foi confrontada, segundo COSTA[69], "a questão de conformidade desses prazos (ou de alguns deles) com o direito à identidade pessoal (envolvendo o direito a conhecer «o pai cujo é» - para retomar aqui a fórmula vernácula da nossa tradição), do artigo 26º, nº 1, da Constituição da República".

O Tribunal entendeu no Acórdão supracitado que os prazos para a propositura da ação não configuravam como restrições inadmissíveis aos direitos, mas apenas como um condicionamento legítimo do seu exercício[70].

Todavia, a Corte evoluiu seu posicionamento, na medida em que no Acórdão nº 486/04[71] o Tribunal considerou inconstitucional, não a existência do prazo, mas a extensão deles que foi considerada limitada e, desse modo, a Corte entendeu necessário que fossem alargados pelo legislador.

Desta feita, pode ser aferido que como provável consequência desse novo posicionamento da Corte, o órgão legiferante promoveu a alteração nos prazos do artigo 1817º do Código Civil, pela Lei nº 14/2009, de 1 de abril, os quais foram alargados, especialmente quanto a propositura prevista no item 1 do artigo, que de 2 anos, passou a ser de 10 anos posteriores a maioridade ou emancipação.

Nessa seara, pode-se afirmar a partir desses casos ilustrativos a questão que a jurisdição constitucional portuguesa e sua atividade tem de forma latente resultado na constitucionalização do direito infraconstitucional, seja de forma indireta pela postura do legislativo ao levar em conta suas decisões e posicionamentos no momento de modificar a lei, ou mesmo de forma direta quando declaram a inconstitucionalidade de normas ou mesmo sem haver uma alteração literal do texto, são utilizadas técnicas como a interpretação conforme a Constituição.

3.2. Brasil

Na jurisprudência brasileira, para ilustrar, a técnica da *interpretação conforme à Constituição* foi aplicada no julgamento em 05/05/2011 pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 4.277[72], o qual atribuiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à

---

[68] **Acórdão nº 101/85**. Conselheiro Cardoso da Costa. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880099.html> Acesso: 21 de jan. de 2017.
[69] Cfr. COSTA. *op. cit.*, p. 573.
[70] Cfr. CORREIA, **Justiça Constitucional...** *op. cit.*, p. 41.
[71] **Acórdão nº 192/02**. Conselheiro Paulo Mota Pinto. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040486.html> Acesso: 21 de jan. de 2017.
[72] STF. **ADI 4.277.** Ministro Luiz Fux, DJE: 07/11/14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso: 19 de jan. de 2017.

Constituição, ao reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares e "excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar", tendo em vista que o 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, e, dessa via, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.[73]

Destaca-se que posteriormente ao julgamento da ADI nº 4.277 foi realizado o projeto de Lei nº 612/2011[74], o qual "Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo" e encontra-se em tramitação. Entretanto, em virtude da última movimentação ter ocorrido em 05/03/2015, a efetivação desse direito continua dependendo da intervenção do judiciário a partir da *interpretação conforme* dada pela Corte Constitucional.

Também atinente a União Estável, em razão do Código Civil/2002 ter instituído um regime diferenciado entre o cônjuge e o companheiro nas regras sucessórias, vários foram os debates doutrinários[75] e entraves judiciais que buscaram a declaração da inconstitucionalidade dos artigos nesse sentido, especialmente do artigo 1790, III,[76] do diploma que prevê a concorrência do companheiro em relação aos demais herdeiros sucessíveis (inclusive *colaterais*), em contraposição a situação do cônjuge, que somente concorre com descentes e ascendentes, nos termos do artigo 1.838 do Código Civil[77].

Inicialmente, a discussão ocorreu no âmbito dos Tribunais, onde foram visualizadas decisões em diversos sentidos, como pode citar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do

---

[73] Cfr. **Notícia STF acerca do julgamento pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> acesso em: 19 de jan. de 2017.

[74] SENADO FEDERAL. **PL 612/2011**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589> Acesso: 31 de jan. de 2017.

[75] Nesse sentido, afirma VELOSO, Zeno, "a sucessão dos companheiros foi regulada de maneira lastimável, incidindo na eiva da inconstitucionalidade, violando princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da não discriminação", **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185. Essa diferenciação também é analisada por HINORAK, Giselda Maria Fernandes Novaes, "o art. 1.790 do CC/2002 restringiu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro à parcela patrimonial do monte partível que houvesse sido adquirido na constância da união estável, não se estendendo, portanto, àquela outra quota patrimonial relativa aos bens particulares do falecido, amealhados antes da evolução da vida em comum. A nova lei limitou e restringiu, assim, a incidência do direito a suceder do companheiro apenas àquela parcela de bens que houvessem sido adquiridos na constância da união estável a título oneroso. Que discriminação flagrante perpetuou o legislador, diante da idêntica hipótese, se a relação entre o falecido e o sobrevivente fosse uma relação de casamento, e não de união estável!". **Morrer e suceder. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente**, São Paulo: RT, 2011, p. 420.

[76] Cfr. Artigo 1.790, III, do Código Civil/02: "A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança".

[77] Cfr. Artigo 1.838: "Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente".

Paraná no incidente de declaração de inconstitucionalidade nº 536.589-9/01[78], em que foi reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil "por afronta ao princípio da igualdade, já que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal conferiu tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, ambos abrangidos pelo conceito de entidade familiar e ensejadores de proteção estatal".

E por outro lado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi julgado improcedente o incidente de inconstitucionalidade nº 70029390374[79], no qual foi alegado que "O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1.790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável".

Sobre essa questão, constam diversos projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados, como o Projeto de Lei nº 4908/2012[80], apresentado em 19/12/2012, o qual altera diversos dispositivos do código civil, garantindo especialmente os direitos sucessórios de forma igualitária aos cônjuges e companheiros, entretanto, o mesmo encontra-se sem movimentação desde 16/09/2015.

Merece ressalva que face essa morosidade legislativa, a questão encontra-se atualmente em pauta do Supremo Tribunal Federal, visto ter sido interposto o Recurso Extraordinário nº 878.694[81], questionando a validade do artigo 1.790 do Código Civil, sendo importante citar o trecho do pronunciamento feito pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso ao reconhecer a Repercussão Geral ao caso "Muito embora o Supremo Tribunal Federal já tenha assentado ser a união estável, para efeitos patrimoniais, igual ao casamento, há a necessidade de exame da higidez do Código Civil, o qual estabelece distinção conforme a relação jurídica mantida – de união estável ou de casamento".

---

[78] PARANÁ. **Incidente de declaração de inconstitucionalidade nº 536.589-9/01**. Desembargador Costa Barros. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1980290/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-536589-9/01> Acesso: 31 de jan. de 2017.

[79] RIO GRANDE DO SUL. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374.** Desembargador Leo Lima. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70029390374&num_processo=70029390374&codEmenta=3486585&temIntTeor=true> Acesso: 31 de jan. de 2017.

[80] CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 4908/2002**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564125>. Acesso: 31 de jan. de 2017.

[81] STF. **Recurso Extraordinário n. 87694.** Ministro Roberto Barroso, DJE: 19/05/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55> Acesso em: 31 de jan. de 2017.

Por fim, traz-se à baila a extensa discussão acerca do Benefício Assistencial ao Idoso e à Pessoa Deficiente garantido constitucionalmente no artigo 203, V[82], o qual ao ser regulamentado pela Lei nº 8.742/1993, passou a ter sua concessão condicionada ao cumprimento de um requisito objetivo para analisar o grau de miserabilidade daquele que pleiteasse o benefício, qual seja, que a renda per capta de sua família deveria ser inferior a ¼ do salário mínimo, conforme artigo 20, § 3º da Lei.

O critério acima tem sido objeto de árduo debate na arena jurisprudencial e fundamento de diversos projetos de lei que objetivam flexibilizá-lo ao trazer situações excepcionais que são excluídas do cálculo da renda mensal. Nessa razão, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se pronunciar no julgamento da ADI nº 1.232-1[83] em 1998, no qual decidiu pela constitucionalidade do critério acima, sob o fundamento de que a própria Constituição delegou a regulamentação da questão ao legislador ordinário.

Todavia, a discussão não se encerrou, estando presente uma quantidade significativa de decisões nas instâncias ordinárias flexibilizando tal critério, assim como modificações promovidas pelo legislativo. Cita-se assim, o Decreto nº 6.214/2007, que introduziu no artigo 19, parágrafo único do Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, a garantia de que no cálculo da renda per capta da família para a concessão do Amparo Social ao Idoso, não será computado o Benefício de Prestação Continuada já concedido a outro idoso da mesma família[84].

Ademais, como somente é excluído do cálculo da renda o valor recebido em Benefício de Prestação Continuada por outro *idoso*, continua-se computando no mesmo o valor decorrente do benefício recebido por um membro do grupo familiar *deficiente*, restando evidente o desrespeito ao tratamento isonômico.

Acerca dessa temática, no ano de 2013 o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 580.963[85] reconheceu a inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, do artigo 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), afirmando a "Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em

---

[82] Cfr. Artigo 203, V, da CF/88, estipula-se: "a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

[83] STF. **ADI 1232.** Ministro Ilmar Galvão, DJE: 01/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1232&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso: 31 de jan. de 2017.

[84] Nesse sentido foi incluído o parágrafo único, no artigo 34, Parágrafo Único do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

[85] STF. **Recurso Extraordinário 580963**. Ministro Gilmar Mendes, DJE: 13/11/2013. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28580963%2ENUME%2E+OU+580963%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gorfnld> Acesso: 01 de fev. de 2017.

relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo".

Corroborando com o exposto, foi realizada a proposta de Lei no Senado Federal nº 91/2015[86], cuja ementa "Acrescenta §11º ao art. 20 da Lei nº. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), para excluir da base de cálculo da renda familiar per capita mensal considerada para o pagamento de *benefício de prestação continuada a pessoas com deficiência* e idosos os benefícios de prestação continuada já recebidos por outros membros da família", com última movimentação em 03/11/2016.

Outrossim, vários são os projetos de lei cujo objetivo é a alteração do critério de renda, como o PL do Senado nº 212/2013[87], com a proposta de elevar o limite da renda per capta familiar de inferior a ¼ (um quarto) do salário mínio para igual ou inferior a ¾ (três quartos) do salário mínimo, que se encontra aguardando inclusão na pauta desde 03/11/2016.

Outrossim, considerando as decisões nas instâncias ordinárias e ainda, ao fato de que a própria Corte Constitucional passou a rever em decisões monocráticas seus anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do requisito objetivo citado, foi declarada também no ano de 2013 em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 567.985[88], a inconstitucionalidade parcial, sem redução do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, passando a admitir que sejam considerados outros critérios para aferir a miserabilidade do requerente do benefício de prestação continuada[89].

Apesar da declaração de inconstitucionalidade, não houve a pronúncia da nulidade da norma e, além disso, não foram modulados os efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que no julgamento acima, não foi obtido o *quórum* mínimo de 2/3 para que a norma fosse válida até 31/12/2015, conforme pretendia parte dos Ministros do STF.

---

[86] SENADO FEDERAL. **PL 91/2015**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119923> Acesso: 01 de fev. de 2017.

[87] SENADO FEDERAL. **PL 212/2013**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112968> Acesso: 01 de fev. de 2017.

[88] Cfr. STF. **Recurso Extraordinário nº 567.985**, foi reconhecido quanto ao critério de renda, "a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias *mudanças fáticas* (políticas, econômicas e sociais) e *jurídicas* (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)". STF. Ministro Gilmar Mendes, DJE: 02/10/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=567985&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso: 31 de jan. de 2017.

[89] Nesse sentido, afirma MENDES, Gilmar, "Revelou-se, portanto, incompatível com a Constituição a utilização de renda familiar mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo, como critério para a concessão de benefício assistencial a idosos ou deficientes, critério defasado para caracterizar a situação de miserabilidade que a Constituição buscou tutelar". *op. cit.*, p. 693.

Ressalta-se que posteriormente a decisão do Supremo houve postura ativa do legislador ordinário em flexibilizar, ainda que insuficientemente, o critério de renda, visto que a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência), por meio do artigo 105, promoveu a alteração no §9º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/1993, excluindo do cálculo da renda per capta, "Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem".

Não obstante a existência de inúmeros projetos e decisões jurisprudenciais, o artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 e o critério de renda nele previsto continua a ser exigido na análise administrativa por parte da autarquia responsável pela concessão do benefício, qual seja, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, visto os servidores públicos serem regidos pelo Princípio da Legalidade Estrita[90], desse modo, ainda é necessária a postura do legislativo no sentido de alterar expressamente o artigo em apreço, flexibilizando-o e, consequentemente, constitucionalizando-o, tendo em vista a Constituição Federal exigir apenas a comprovação da inexistência de meios de sobrevivência, a qual não pode ser vinculada a um requisito exclusivamente objetivo.

Tendo em vista as análises expostas, assim como em Portugal fica evidente que a justiça constitucional brasileira, na figura dos tribunais e do Supremo Tribunal Federal, apesar de não haver efetiva correspondência pelo legislativo, tem exercido importante função na constitucionalização do direito infraconstitucional a partir da realização do controle de constitucionalidade e pela utilização de técnicas decisórias que compatibilizem as leis ordinárias com os ditames constitucionais, sendo essa atividade essencial para a compilação de um ordenamento jurídico uniforme e que garanta a segurança jurídica sustentada na Constituição como referente *universal.*

4. Considerações Finais

A partir do grande impacto e importância que o Constitucionalismo representa na contemporaneidade, especialmente por ser o responsável por um novo formato de Estado consubstanciado na Supremacia Constitucional e pela criação dos Tribunais Constitucionais no fito de promover a defesa dessa Constituição de modo a compatibilizá-la com as necessidades

[90] Cfr. ROSA, Márcio Fernandes Elias, "Ao particular é dado fazer tudo quanto não estiver proibido; ao administrador somente o que estiver permitido pela lei (em sentido amplo). Não há liberdade desmedida ou que não esteja expressamente concedida. Toda a atuação administrativa vincula-se a tal princípio, sendo ilegal o ato praticado sem lei anterior que o preveja [...] Do princípio da legalidade decorre a proibição de, sem lei ou ato normativo que permita, a Administração vir a, por mera manifestação unilateral de vontade, declarar, conceder, restringir direitos ou impor obrigações". **Direito Administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

oriundas da sociedade, seja de aspecto social, político ou econômico, é evidente que o papel da justiça constitucional vai além do mero cumprimento de competências positivadas no corpo constitucional, mas abrange uma função interpretativo-concretizadora, densificadora e criadora[91].

Nessa via, considerando as exposições tecidas acerca do controle de constitucionalidade e técnicas decisórias, verifica-se que as decisões proferidas pelos Tribunais e pelas Cortes Constitucionais no que tange a declaração da inconstitucionalidade de normas, seja no controle difuso ou concentrado, exercem influência massiva na nova óptica sob a qual as leis infraconstitucionais são interpretadas e aplicadas (pelas instâncias inferiores), pois passam a ter como referente o posicionamento das instâncias superiores, não obstante nem sempre haja a vinculação.

Ademais, essas decisões abrangem no âmbito de sua influência, em especial, a atividade do legislativo ordinário, pois ao ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional ou serem proferidas *decisões intermédias,* como a utilização da intepretação conforme a Constituição, além de advertir o legislador sobre a necessidade de exercer suas funções e promover a devida alteração da norma inconstitucional ou, ainda, para criar a norma faltante no caso de omissão, servem as fundamentações dos acórdãos como orientações ao legislativo no momento de criar, revogar ou editar a norma, de modo que o ordenamento jurídico seja compatível com os princípios e leis constitucionais em prol a defesa da higidez constitucional e a *uniformidade* do ordenamento infraconstitucional, atingida por meio desse intenso processo de constitucionalização promovido pela jurisdição constitucional.

REFERÊCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ . Neoconsticuionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas,** Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[91] Cfr. CORREIA, **Justiça Constitucional...** *op. cit.,* p. 39.

BASTOS, Celso Riberio. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celsos Bastos Editor, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 18ª reeimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

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

COSTA, Jose Manuel M. Cardoso da. Sobre a «constitucionalização» do direito privado (Breve reflexão). **Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo**. Coimbra: Almedina, 2013.

GONTIJO, Manfredo Schwaner. **Constitucionalismo: evolução, características e tendências.** Belo Horizonte: Ed. do Autor, 2015.

GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamento jurídico: el caso italiano. **Neoconstitucionalismo(s**). Edición de Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2009.

HINORAK, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2011.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática.** 4ª ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podvm, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista De Informação Legislativa**. Ano 36, n. 141, janeiro/março 1999, Brasília: Separata, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira - O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Vol. 162/149-168, 163-166, 2004, Senado Federal.

_____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999.

MOREIRA, Vital. A «fiscalização concreta» no quadro do sistema misto de justiça constitucional. **Boletim da Faculdade de Direito**. Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003.

ROSA, Márcio Fernandes Elias. **Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLETE, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Org: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.