

JOSÉ MELO ALEXANDRINO (coord.)

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ESTUDOS SOBRE O  
CONSTITUCIONALISMO  
NO MUNDO DE LÍNGUA  
PORTUGUESA

VOLUME II  
BRASIL E PORTUGAL



AA **FDL**  
EDITORA  
Lisboa  
2018

**Ficha Técnica****Título:**

*Estudos sobre o constitucionalismo no mundo de língua portuguesa – Vol. II*  
*– Brasil e Portugal*  
AAFDL – 2018

**Coordenador:**

José Melo Alexandrino

**Autores:**

Elisa Martins Juviano  
Vanessa Affonso Rocha  
Arthur Ruy Nozari  
Antonio Rodrigues do Nascimento  
Maria Mariana Soares de Moura  
Bruno Sacramento

**Edição:**

AAFDL  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

**ISBN:**

978-972-629-203-6

**Depósito legal:**

Abril / 2018

## PLANO

JOSÉ MELO ALEXANDRINO	
<i>Introdução</i> .....	7
ELISA MARTINS JUVINIANO	
<i>O constitucionalismo como movimento de ideias em Portugal e no Brasil</i> .....	17
VANESSA AFFONSO ROCHA	
<i>O Poder Moderador e a divisão do poder político em Portugal e no Brasil</i> .....	71
ARTHUR RUY NOZARI	
<i>A atividade legislativa do Executivo: uma reflexão comparativa entre Portugal e Brasil</i> .....	139
ANTONIO RODRIGUES DO NASCIMENTO	
<i>Crimes de responsabilidade e impeachment presidencial em Portugal e no Brasil</i> .....	201
MARIA MARIANA SOARES DE MOURA	
<i>A pertinência dos provimentos jurisdicionais de natureza cautelar no controle de constitucionalidade: uma análise comparativa</i> .....	249
BRUNO SACRAMENTO	
<i>Déficits e disfunções no controle de constitucionalidade em Portugal e no Brasil</i> .....	303



## INTRODUÇÃO

Com origem na investigação produzida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, e em íntima articulação com os trabalhos desenvolvidos no Centro de Investigação de Direito Público, o presente volume de *Estudos sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa* oferece ao leitor interessado uma *visão comparativa* de estudiosos do Direito Público sobre alguns dos elementos fundamentais e dos rumos do constitucionalismo brasileiro e do constitucionalismo português.

Sendo o Brasil, nas palavras do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a *peça mais destacada* da comunidade de língua portuguesa, por ser o Estado mais populoso, o mais rico, o mais influente e ainda o que melhor exprime o espírito português (Ferreira Filho, 2016, p. 44), é por demais evidente o interesse no aprofundamento dos estudos jurídicos comparados sobre estes dois ordenamentos e sobre os “constitucionalismos” que em cada um deles se desenvolveram.

A este respeito, não deixa de ser significativa a circunstância de esse trabalho de desbravamento vir a caber a uma plêiade de juristas brasileiros, tal como o facto de essas investigações virem a ser conduzidas a partir de uma Escola de Lisboa. Nessa matéria, no entanto, limitamo-nos a seguir as pisadas de anteriores esforços, como os que resultaram na publicação em 2011 do livro *Os Direitos Humanos em África*, uma obra então pioneira em língua portuguesa sobre o assunto, ou na publicação em 2015 do volume I dos *Estudos sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa*, que se ocupou na altura, em perspectiva comparada e interdisciplinar, de um conjunto de temas-chave do Direito Constitucional nos vários sistemas de língua portuguesa.

Ao contrário do que possa parecer, não obstante o fundo cultural comum, não obstante o léxico comum e não obstante o formidável

incremento da observação recíproca e do diálogo doutrinário entre os dois ordenamentos, sobretudo a partir da plena entrada dos dois sistemas na fase do constitucionalismo da democracia constitucional, a verdade é a de que, quer em extensão, quer em profundidade, salvo em zonas parcelares, a *comparação* entre o constitucionalismo brasileiro e o constitucionalismo português *está em grande medida por fazer*. Além da lacuna no investimento académico nesse domínio, algumas das razões para a dificuldade de realização de um tal empreendimento prendem-se (i) com a própria *natureza do Direito Constitucional*, na medida em que o mesmo postula uma articulação estrutural entre Direito e política, (ii) com a *especificidade da norma constitucional*, diante da sua politicidade, complexidade, abertura e incompletude, e ainda (iii) com o facto de serem muito diferenciados os *pressupostos da Constituição* nos dois sistemas (Miranda, 2013, p. 16; Alexandrino, 2016, pp. 30, 35), a exigir uma visão de grande fôlego a qualquer investigador, caso este se pretenda manter no respeito das regras e das exigências do trabalho científico. Acresce que a própria diversidade de temas implicada na tarefa, se acaso permitiu no final, como pensamos resultar da obra que agora se apresenta, um olhar mais abrangente sobre o *percurso* e a *situação* do constitucionalismo brasileiro e do constitucionalismo português, não deixou de constituir uma dificuldade adicional para cada um dos investigadores, apenas minorada pelas sessões teóricas da primeira parte do semestre, pelos debates orais em Seminário e pelas palestras de constitucionalistas brasileiros convidados (como foi o caso do Professor José Levi Mello do Amaral Júnior e do Professor Jorge Octávio Lavocat Galvão), que connosco discutiram especialmente as dimensões político-constitucionais implicadas no desafio da reforma política no Brasil.

Ao contrário do que possa parecer também, a respeito de uma comunhão ou mesmo da existência de uma (por vezes, alegada) matriz constitucional lusófona (em sentido contrário, Alexandrino, 2017, pp. 655 ss.; 2018, pp. 61-62), os estudos publicados nesta obra se demonstram alguma coisa é justamente a existência, pelo menos actualmente, de *marcados afastamentos e contrastes*, por vezes “gritantes”, entre as duas experiências constitucionais. Para apurar a natureza “gritante” de um contraste, basta fazer o exercício de imaginar a hipótese da transposição da solução existente num ordenamento para o outro: para não dar outros exemplos, seria

impensável (quer para a prática judiciária, quer para os quadros gerais da doutrina, quer para a opinião pública) transpor para Portugal a *praxis* brasileira das liminares em matéria constitucional ou o uso dado à (perigosíssima) doutrina das “mutações constitucionais” (para dois prismas absolutamente opostos, quanto à validade e legitimidade da figura, Gilmar Mendes, 2016, pp. 175 ss.; Ferreira Filho, 2016, pp. 327 ss.), tal como não seria menos inquietante (desde logo, no plano da capacidade de prestação do Supremo Tribunal Federal) a transposição para o Brasil do respeito estrito pela regra da *colegialidade* das decisões do Tribunal Constitucional português.

Por tudo isso, para além de outros méritos, os diversos estudos que compõem esta obra testemunham um esforço notável na exploração de temas particularmente difíceis de tratar em perspectiva comparada, quer à luz de um relativo deserto no ponto partida, quer, no plano subjectivo, em virtude da natural dificuldade de penetrar em pouco tempo nos complexos meandros de um ordenamento e de um “contexto” até aí totalmente desconhecidos.

A partir da distinção (cunhada pela Professora Maria Lúcia Amaral) entre constitucionalismo como “ideal” (um significado que pertence ao domínio da história das ideias) e o constitucionalismo como “prática jurídica” (pertencendo este significado à linguagem do Direito), ELISA MARTINS JUVINIANO abalçou-se à comparação do constitucionalismo em Portugal e no Brasil na perspectiva daquele primeiro significado (o do constitucionalismo como *ideal* ou *movimento de ideias*), olhando sucessivamente: (i) à génese do constitucionalismo moderno, (ii) às respectivas condicionantes e influências, (iii) aos grandes nomes e (iv) aos marcos fundamentais a registar. Uma vez percorrida a génese do constitucionalismo, a partir das três matrizes constitucionais de referência, e detectadas as condicionantes e influências, emerge a revelação de um *conjunto de nomes de vulto* tanto em Portugal (com destaque para os contributos de Pascoal José de Mello Freire dos Reis, António Ribeiro dos Santos, Ricardo Raimundo Nogueira, Silvestre Pinheiro Ferreira, José Joaquim Lopes Praça, Oliveira Salazar, Marcello Caetano e, muito especialmente, de Miguel Galvão Teles, José Joaquim Gomes Canotilho e Jorge Miranda), como no Brasil (sendo de relevar especialmente aqui os nomes de José Antônio Pimenta Bueno, Tobias Barreto, Pedro Lessa, João Mendes Júnior, Rui Barbosa, Francisco Luís da Silva Campos, Miguel Reale, Ulysses

Silveira Guimarães e com destaque actualmente para o vulto de Marcelo Neves, o criador dos conceitos de “constituição simbólica” e de “transconstitucionalismo”). No final, além do registo dos entrelaçamentos e aproximações, bem como das marcantes influências recebidas das matrizes francesa, inglesa e norte-americana, enumera-se uma série de afastamentos, de que pode ser dado o exemplo da inclinação brasileira para as ideias de “constituição dirigente” e de “neoconstitucionalismo”, de todo ausentes na doutrina ou na prática jurisprudencial portuguesas da actualidade.

O segundo ensaio, da autoria de VANESSA AFFONSO ROCHA, traçou como objectivo analisar a presença do *Poder Moderador* nas Constituições e na realidade constitucional do Brasil e de Portugal, tendo definido como ponto de partida uma observação crítica da génese do conceito (em Benjamin Constant), sem esquecer a ideia de governo misto ou a figura, mais remota ainda, do “moderador do Estado” (em Cícero). No percurso histórico da incorporação do Poder Moderador nas Constituições monárquicas e na realidade constitucional dos dois países, talvez se possa dizer que as duas notas mais salientes são, por um lado, a da convergência na opção original pelo Poder Moderador e, por outro, a de que, diversamente do que sucedeu no Brasil, em Portugal a tendência foi sempre a de procurar uma conciliação de factores e interesses na conformação da Constituição. Tendo examinado em seguida a repercussão da implantação da República (em 1889 e 1910) na distribuição do poder político, chega-se à relevante conclusão de que “a incorporação do sistema republicano no Brasil e em Portugal acabou por dar origem a regimes ditatoriais”. Uma vez chegados às Constituições e à realidade actual dos dois sistemas, as conclusões finais a que se chega podem ser resumidas deste modo: (i) dada a referida tendência histórica de conformação de forças e interesses, Portugal foi capaz de evoluir e de formatar de forma adequada e funcional o Poder Moderador, sobretudo na figura do Presidente da República; (ii) já no Brasil, pelo contrário, dada a diversa tendência de acomodação de interesses a qualquer custo, um primeiro resultado é o da emergência de um sistema presidencialista peculiar, a culminar na crise sistémica actual, agravada pela ausência de uma válvula de escape, com risco repetido de colapso; (iii) um segundo resultado, não menos perturbador, é o de que a actuação do Poder Judiciário brasileiro não é pautada pela razoabilidade no exercício de um (eventual) Poder Moderador, pelo



contrário: o que o Supremo Tribunal Federal tem feito “é agravar a sensação de colapso institucional, ao abraçar uma atuação que já há muito vem sendo classificada como potencialmente autocrática”.

ARTHUR RUY NOZARI propôs-se comparar o *exercício da actividade legislativa do Executivo* no Brasil (através do Presidente da República) e em Portugal (através do Governo), procurando confrontar não só as raízes e o desenvolvimento histórico do fenómeno, como sobretudo as estatísticas, os pressupostos, os limites e natureza jurídica dos correspondentes actos, tendo concluído no final essencialmente o seguinte: (i) a comparação da actividade legislativa do Executivo nos dois sistemas encontra testemunho na história constitucional e na forma como as principais estruturas constitucionais foram moldadas ao longo de toda a era constitucional; (ii) as Constituições em vigor espelham não só a tradição do Executivo legiferante (vinda dos decretos ditatoriais do século XIX), como também a tendência contemporânea de forte actuação do Executivo nesse domínio, tendência “contraditória, em paralelo, com o princípio do primado do Parlamento em Portugal e com a tripartição e independência dos poderes no Brasil, situação em que ambos os modelos se aproximam”; (iii) difere, em todo o caso, a natureza do decreto-lei em Portugal e da medida provisória no Brasil: resolvida na Constituição portuguesa, a favor da natureza de acto legislativo, a natureza da medida provisória continua a ser discutida na doutrina brasileira; (iv) os dados estatísticos confirmam a preponderância legislativa do Executivo nos dois sistemas, embora com uma visível racionalização no Brasil desde a Emenda Constitucional n.º 32/2001 e uma redução significativa da produção de decretos-leis desde 2016 em Portugal; (v) finalmente, quanto às implicações do sistema de governo, em Portugal, existe um controlo “abrangente” da actividade legislativa do Executivo, tanto pela Assembleia da República como pelo Presidente da República, desde logo em face da responsabilidade do Governo perante o Parlamento; já no sistema presidencialista brasileiro, a responsabilidade do Executivo é muito mais atenuada.

Escolheu ANTONIO RODRIGUES DO NASCIMENTO tratar o tema dos *crimes de responsabilidade e “impeachment” presidencial*, começando por uma aproximação histórica, primeiro, à origem, funções e evolução do *impeachment inglês*, depois, à adopção do *impeachment* na Constituição norte-americana, cingido aí a uma

função político-institucional, e, por último, à incorporação do *impeachment* nos sistemas constitucionais de Portugal e do Brasil, evidenciando então as íntimas relações quer com os sistemas de governo, quer com os sistemas eleitorais e os sistemas de partidos. Uma vez analisados os regimes jurídico-constitucionais e a natureza dos institutos presentes nas duas Constituições em vigor, as principais conclusões a que chegou foram as seguintes: (1.<sup>a</sup>) a configuração do *impeachment* resulta da interpenetração permanente entre os princípios estruturantes dos dois sistemas e as práticas político-institucionais dos órgãos politicamente conformadores, traduzindo um exemplo por excelência da relação entre Direito e Política; (2.<sup>a</sup>) o facto de o *impeachment* presidencial nunca ter sido utilizado em Portugal prende-se com a estabilidade do sistema político, “pela conjugação do sistema de base parlamentar, no qual o Presidente da República não tem função governativa, com um sistema multipartidário estável, pouco fragmentado e favorecido pelo sistema eleitoral”; (3.<sup>a</sup>) pelo contrário, o sistema presidencialista brasileiro combina-se com um sistema multipartidário instável, altamente fragmentado e continuamente reproduzido pelo sistema eleitoral, degenerando no chamado presidencialismo de coalizão, sistema que fortalece o *impeachment* como instrumento de controlo político do Parlamento sobre o Executivo; (4.<sup>a</sup>) finalmente, se em Portugal os crimes de responsabilidade têm natureza de infracção criminal e o *impeachment* constitui processo político-penal, no Brasil, os crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas e o processo de *impeachment* tem natureza dúplice.

MARIA MARIANA SOARES DE MOURA ocupou-se do tema dos *provimentos de natureza cautelar no controlo de constitucionalidade*. Tomando como ponto de partida o crescimento exponencial no Brasil da utilização da medida cautelar no controlo abstracto da constitucionalidade, chamando desde logo a atenção para um conjunto de decisões (muitas vezes monocráticas) do Supremo Tribunal Federal, em casos de elevada transcendência, mas olhando simultaneamente à realidade “diametralmente oposta” de Portugal (um ordenamento onde não existe nem previsão nem prática de medidas cautelares neste domínio), a investigação quis apreciar a correcção da utilização dessa técnica processual. Indagada a evolução histórica da admissibilidade da medida cautelar, arrolando os (frágeis) fundamentos utilizados na doutrina e na jurisprudência brasileiras

e analisando os traços do regime jurídico entretanto (parcialmente) definido pela Constituição e pela lei, investigou-se particularmente a prática recente do Supremo Tribunal Federal, para dela extrair consequências na tutela judicial efectiva, no contributo à postura activista do Supremo Tribunal Federal, sem deixar naturalmente de relacionar o tema com a separação de poderes e a segurança jurídica. De tudo isso resultou que o sistema de medida cautelar nas acções de constitucionalidade adoptado no Brasil, nas palavras da Autora, se encontra “eivado de muitos vícios e problemas que vão além de quimeras apenas doutrinárias”, produz um “desequilíbrio à estrutura do Estado Democrático de Direito e uma ofensa à divisão funcional de poderes” e a sua utilização desviada concede “à Corte Suprema um poder exagerado e perigoso”, o que lhe permitiu concluir: (i) “no caso de Brasil e Portugal, as diferenças em todos estes aspectos são maiores do que o oceano que os separa”; (ii) é “urgente a necessidade de definir e regulamentar o uso do poder geral de cautela pelo ministro relator nas acções do controle abstrato de constitucionalidade, além de elencar as hipóteses excepcionais no Regimento Interno do Tribunal, a fim de evitar os abusos, incoerências e ultrapassagens do poder do Supremo Tribunal Federal em relação às outras funções do Estado”; (iii) do mesmo modo, deveria ser regulada por lei a utilização dos provimentos cautelares no Supremo Tribunal Federal, definindo claramente o que é permitido fazer em sede de medida cautelar.

BRUNO SACRAMENTO – fazendo de algum modo o remate final quanto ao tópico da hipertrofia do Judiciário, já esboçado em alguns dos anteriores ensaios, e do correspondente *activismo judicial*, do qual se vai tomando progressiva consciência na doutrina (Ramos, 2010, pp. 226 ss.; Canotilho, 2013; Monteiro, 2013, pp. 81 ss.; Andrade, 2016, pp. 64 ss., 364 ss.; Morais, 2014, pp. 382, 394, 703 ss.; 2017, pp. 397, 405, 412, 414; Hübner Mendes, 2018) – veio a ocupar-se do tema dos *défices e disfunções no controlo de constitucionalidade*. Pautando-se pela atenção à tríade “textos, dogmática e precedentes”, o trabalho começa pela exposição das características básicas dos sistemas de fiscalização da constitucionalidade nos dois países, inventariando em seguida a série de problemas e disfunções que, no modo de ver do Autor, mais se evidenciam. No termo do percurso, a despeito de Brasil e Portugal possuírem um “modelo misto” de fiscalização da constitucionalidade, em matéria de deficiências dos sistemas, a principal conclusão extraída foi a de que “há poucas

aproximações e muitos afastamentos”. Entre esses afastamentos, contam-se os seguintes: (i) a diferença estrutural entre o *abrangente* sistema brasileiro e o *limitado* sistema português, revelando problemas de excesso num lado e de insuficiência no outro; (ii) a maior concentração de disfunções ligadas à *configuração do sistema* em Portugal, em contraste com a predominância de *problemas funcionais* no caso brasileiro; (iii) a marcante diferença entre a deficitária actuação do Tribunal Constitucional português em matéria dos direitos fundamentais, por oposição ao destacado papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal nesse domínio; (iv) o forte contraste existente no que se refere à publicidade, transparência e participação no funcionamento dos dois tribunais, com a *extrema abertura* do Supremo Tribunal Federal e o *fechamento* do Tribunal Constitucional; (v) do mesmo modo, a diferença no que se refere ao comportamento perante a imprensa, com prática de declarações públicas sobre questões políticas e processos em julgamento por parte de ministros do Supremo Tribunal Federal, prática inexistente entre os juízes do Tribunal Constitucional; (vi) uma *maior aquiescência* por parte da doutrina brasileira para com o activismo do Supremo Tribunal Federal, decorrente, em grande medida, do maior acolhimento do neoconstitucionalismo; (vii) a diferente *forma de reacção* diante dos problemas: enquanto em Portugal há um duradouro debate doutrinário, mas uma grande resistência à realização de reformas, no Brasil, são realizadas inúmeras reformas, mas algumas delas concretizadas sem um prévio e maduro debate.

Em suma, os contributos aqui reunidos não só cumprem amplamente o fim cultural e a função epistemológica que deve assistir à comparação doutrinária, alargando o horizonte do conhecimento acerca dos rumos do constitucionalismo brasileiro e do constitucionalismo português, como suscitam importantes suspensões reflexivas, comprovando dessa forma a relevância e o vigor crescentes de uma renovada *cultura jurídica* lusófona.

Lisboa, 11 de Março de 2018

*José Melo Alexandrino*

**Referências bibliográficas**

- Arthur Maximus Monteiro, *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*, Curitiba, Juruá Editora, 2013.
- Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, tomo II, vol. 2 – *Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- Carlos Blanco de Moraes, *O Sistema Político: no contexto da erosão da democracia representativa*, Coimbra, Almedina, 2017.
- Conrado Hübner Mendes, «Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP», in *Ilustríssima, Folha de S. Paulo*, 28 de janeiro de 2018 (disponível *online*).
- Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2010.
- Fernando Gomes de Andrade, *Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da reeleitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal*, tese de doutoramento [inédita], Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 2016.
- Gilmar Ferreira Mendes, «Limite entre interpretação e mutação: análise sobre a ótica da jurisdição constitucional brasileira», in Gilmar Ferreira Mendes/Carlos Blanco de Moraes (org.), *Mutações Constitucionais*, São Paulo, Editora Saraiva, 2016, pp. 175-255.
- J. J. Gomes Canotilho, *Entrevista ao jornal Folha de S. Paulo*, 24 de Novembro de 2013 (disponível *online*).
- Jorge Miranda, «Introdução», in Jorge Miranda/E. Kafft Kosta, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa – uma visão comparativa*, Lisboa, Editorial Juruá, 2013, pp. 15-32.
- José Melo Alexandrino, «Linhas do constitucionalismo português e do constitucionalismo brasileiro», in *Portugal e Brasil: Um Direito Comum no Bicentenário do Reino Unido*, e-book (*online*), Lisboa, IDB, 2016, pp. 30-37.
- José Melo Alexandrino, «Uma demarcação da projeção da Constituição de 1976 nos Países Africanos de Língua Portuguesa», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 653-667.
- José Melo Alexandrino, *Lições de Direito Constitucional*, vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, AAFDL, 2018.
- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, «Da validade e legitimidade das mutações constitucionais», in Gilmar Ferreira Mendes/Carlos Blanco de Moraes (org.), *Mutações Constitucionais*, São Paulo, Editora Saraiva, 2016, pp. 327-331.
- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, «O Bicentenário do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves», in *Portugal e Brasil: Um Direito Comum no Bicentenário do Reino Unido*, e-book (*online*), Lisboa, IDB, 2016, pp. 38-47.