



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO NAS AÇÕES
DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE**

ORIENTANDA: SARA JORDANA ALVES DOS SANTOS
ORIENTADORA: PROF.^a. MS. CARMEM DA SILVA MARTINS

GOIÂNIA-GO

2022

SARA JORDANA ALVES DOS SANTOS

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO NAS AÇÕES
DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina
Trabalho de Curso II, da Escola de Direito
Negócios e Comunicação, da Universidade
Católica de Goiás (PUC-GOIÁS).

Prof.^a. Orientadora: Carmem da Silva Martins

GOIÂNIA-GO

2022

SARA JORDANA ALVES DOS SANTOS

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO NAS AÇÕES
DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Data da Defesa: 19 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA

----- Nota:

Orientadora: Prof.^a. MS. Carmem da Silva Martins

----- Nota:

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, o autor de meu destino, ao meu pai Elias, minha mãe Maristela e ao meu irmão Marcos, porque sem essas pessoas nada na minha vida seria possível.

Dedico em especial a minha avó Maria Pereira (*in memoriam*), cuja tinha o sonho de me ver formando, todavia, não pode cumprir este desejo em vida.

Aos meus vizinhos, que me motivaram durante diversos momentos, quando me encontrava desmotivada, me deram ânimo, em especial a Larissa Emanuely e Lívia Ester.

Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, de alguns sobreveio a amizade e, em especial a Orientadora: Prof.^a. MS. Carmem da Silva Martins, responsável pela criação e desenvolvimento deste trabalho.

Por fim deixo a frase que sempre me motivou, quando me encontrava me comparando a outros estudantes e me sentindo em falta com os estudos: “ando devagar, mas nunca ando para traz”, de Abraham Lincoln.

RESUMO

O estudo da norma e como ela deve ser criada é um fator primordial para o equilíbrio do Estado Democrático de Direito. Seguindo esta ideia o presente trabalho objetivou no estudo do Supremo Tribunal Federal (STF) como legislador positivo nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), do qual, o seu papel primordial como guardião da constituição federal é a retirada de normas que estão em afronta ao texto constitucional, todavia, o STF de forma a negar esta atuação, tem atuado precisamente e esporadicamente como legislador positivo, por meio de sentença normativa. Uma das decisões que foram discutidas é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54 e 132, da qual mesmo com lei expressa no ordenamento jurídico, o STF se utilizando de sua jurisdição constitucional atuou como legislador positivo, em favor do interesse da parte (via de exceção). A atuação do STF como legislador positivo e a ideia de que juízes são neutros, tem sido descabida, visto que atualmente a cúpula vem atuando por meio de decisões que se encontram conceituadas como ativismo judicial. Portanto, cabe a limitação do poder jurisdicional, uma vez que a sobreposição dos poderes gera o desequilíbrio do Estado Democrático de Direito.

Palavras – chaves: STF como legislador positivo. Sobreposição de Poderes. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The study of the norm and how it should be created is a key factor for the balance of the Democratic State of Law. Following this idea, the present work aimed at the study of the Federal Supreme Court (STF) as a positive legislator in direct actions of unconstitutionality (ADI), from which, its primary role as guardian of the federal constitution is the withdrawal of norms that are in affront to the constitutional text, however, the STF, in order to deny this action, has acted precisely and sporadically as a positive legislator, through a normative sentence. One of the decisions that were discussed is the Action for Noncompliance with a Fundamental Precept (ADPF) No. interest of the party (exception method). The role of the STF as a positive legislator and the idea that judges are neutral, has been misplaced, since currently the summit has been acting through decisions that are conceptualized as judicial activism. Therefore, it is necessary to limit the jurisdictional power, since the overlapping of powers generates the imbalance of the Democratic State of Law.

Keywords: STF as a positive legislator. Power Overlay. Democratic state.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I: A CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	9
1. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	9
1.1 A CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.2.1 Segundo Poder Constituinte Originário	16
1.3 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	18
1.4 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	21
1.5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	23
1.6 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	24
CAPÍTULO II: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	27
2. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE	27
2.2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	30
2.3 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	33
2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EFETIVADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	34
2.5 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	36
CAPÍTULO III: STF COMO LEGISLADOR POSITIVO NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	40
3. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	40
3.1 SENTENÇA NORMATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O MITO DO STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO	41
3.1.1 STF de legislador negativo para legislador positivo	43
3.1.1.1 ADPF 132	46
3.1.1.2 ADPF 54	47
3.2 OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	49
3.2.1. Ascensão do Supremo Tribunal Federal e os limites do Poder	51
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

A Constituição de um Estado-nação é o marco zero para o seu surgimento e a sua organização estatal é essencial para a sua continuidade democrática, uma vez que é importante haver limitações na atuação dos poderes estatais.

O Brasil adotou em sua Constituição a tese do filósofo e político Montesquieu, este em sua teoria dividia os poderes políticos em Executivo, Legislativo e Judiciário e, juntamente com essa divisão adveio suas funções, exercidas como sistema de freios e contrapesos na estrutura estatal.

Destarte, a tripartição dos poderes juntamente com suas funções típicas e atípicas foram evidenciadas expressamente pela norma constitucional. Sendo o controle jurisdicional e a supremacia constitucional o ponto central da reflexão sobre o princípio da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito.

Neste interim, a sobreposição de um Poder sobre o outro representa risco ao Estado Democrático de Direito, bem como a sua hiperpotencialização representa desvio da norma constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil nomeou como guardião da jurisdição constitucional o Supremo Tribunal Federal (STF), do qual é formado por 11 (onze) juízes (ministros), que se tornam a maior cúpula judiciária do país e possuem a competência privativa de julgar questões de constitucionalidade independentemente de caso concreto.

Neste interim, o objeto a ser julgado pela jurisdição constitucional deve ser *in abstracto*, sem partes, uma vez que o efeito de sua decisão é *erga omnes* e com efeito vinculativo.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição possui a responsabilidade de retirar todas as normas consideradas inconstitucionais, julgando-as *in abstracto* seguindo a interpretação normativa, todavia, a Corte através do ativismo judicial tem atuado como legislador positivo, em suas decisões, se abstraindo do agente neutro.

Uma atuação expansiva e proativa do Poder judiciário através de sentenças normativas é um perigo para o Estado Democrático de Direito, uma vez que a jurisdição constitucional confere à Corte Constitucional apenas a defesa da norma constitucional *in abstracto*, sem a presença de partes.

Visto que, a atividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) deve ser guiada apenas pelas normas constitucionais, uma vez que a jurisdição constitucional, confere por excelência uma função mediadora dos conflitos sociais e políticos, entretanto, hodiernamente, o STF tem utilizado a Sentença Normativa, como instrumento processual para o desenvolvimento de decisões, para fins de legislador positivo.

Neste interim, cabe examinar os efeitos das sentenças normativas nas ações diretas de inconstitucionalidade e o mito do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo. Uma vez que a ascensão do STF tem gerado insegurança jurídica, visto que a jurisdição constitucional está se sobrepondo aos limites estabelecidos, em Constituição Federal, para cada poder estatal.

Sem desvios, o STF através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132 e 54, decidiu de tal forma, que deixou pouco espaço para que se surgisse uma Lei que regesse o tema, já presente em norma constitucional e lei infraconstitucional, legislando positivamente, sobrepondo-se, desta forma, a competência legislativa, exercida pelo Poder Legislativo.

Tal comportamento, é expressamente utilizado em decisões normativas e o seu uso constante no controle concentrado e difuso de constitucionalidade é um ato inconstitucional, que representa ameaça ao Estado Democrático de Direito, cujo limitou a atuação de cada poder estatal, por meio da tripartição dos poderes.

Portanto, necessário se faz desconstruir a ideia mitológica do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo nos procedimentos de controle de constitucionalidade, uma vez que, atua e deve agir também como legislador positivo, em casos excepcionais, para efetivar o cumprimento da Constituição, para fins de haver uma limitação na atuação expansiva da Corte.

CAPÍTULO I: A CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Nesse capítulo será apresentado algumas conceitualizações acerca do tema com o fim de apresentar o que é constituição e jurisdição constitucional, para que desta forma possa-se esclarecer em parte este trabalho.

No Brasil, a sentença normativa tem sido discutida na órbita doutrinária, mas o Supremo Tribunal Federal atua de forma a não admitir o fato de que se utiliza deste mecanismo de decisão para a resolução dos conflitos impostos a seu conhecimento. Visto que, entende ser mais conveniente decidir que não pode atuar como legislador positivo.

1. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como constituição cidadã, foi elaborada pelo 'Poder Constituinte Originário' e promulgada em 05 de outubro de 1988, por representantes, eleitos pelo povo, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, sendo escrita entre fevereiro de 1987 e outubro de 1988.

(...) Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 2021).

As normas criadas pela Assembleia Nacional Constituinte, são denominadas de normas constitucionais originárias e somente podem ser alteradas através de normas constitucionais derivadas, representada pelo Congresso Nacional, contudo, pouco importa se a norma constitucional é originária ou derivada, uma vez que ela é constitucional, e está no mesmo patamar da pirâmide de Kelsen, cuja está organizada em: Constituição Federal, Normas Infraconstitucionais e Normas Infralegais.

Insta destacar, que as normas constitucionais originárias não podem ser declaradas inconstitucionais, sendo sempre constitucionais, já as normas constitucionais derivadas devem ser produzidas em obediência as regras que o Poder Originário inseriu na Constituição quando a elaborou, por conseguinte, poderá ser

declarada inconstitucional a norma constitucional derivada que não estiver em estrita em obediência à norma originária.

Baseado nisso, “a Constituição brasileira de 1988, pode ser classificada como: democrática, nominal, unitária, eclética, analítica, formal, escrita e rígida” (BULOS, 2015). Sendo caracterizada em seu conjunto como amplamente democrática e liberal.

Democrática, uma vez que no período de sua criação, ocorreu intensa participação popular; Nominal, por consagrar os dois grandes tipos de democracia: a liberal e a social, visto que as liberdades públicas são protegidas contra os abusos de poder dos governantes e busca-se eliminar desigualdades entre as condições de vida dos homens.

Unitária, pois suas matérias foram dispostas num instrumento único e exaustivo de todo o seu conteúdo; Eclética, posto que adveio de um torvelinho de ideologias diversas e interesses antagônicos, que se conciliaram; Analítica, em razão de ser longa, pleonástica, amplíssima, detalhista, minuciosa e dirigente.

Formal, em consequência de nela existir procedimentos expressos para a sua reforma, seja mediante revisão, seja por intermédio de emenda; Escrita, pois o seu texto veio grafado e inserido num documento solene, formal, único e exaustivo dos assuntos nela disciplinados.

Rígida, porque do ângulo constitucional positivo, a rigidez da constituição de 1988 pode ser apurada contrastando-se o artigo 60, que prevê critério solene para a sua reforma, com o processo de produção das demais leis ordinárias, disciplinadas nos artigos 61 e seguintes, da Constituição Federal.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (BRASIL, 2021)
(...)

Por oportuno, inquestionavelmente, a Constituição da República Federativa do Brasil tem como objetivos fundamentais: o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Salienta-se, também, ainda, os elementos mínimo-irredutíveis das constituições, do qual são itens imprescindíveis à configuração dos textos constitucionais.

(...) A adjetivação mínimo-irredutíveis: Carl Schmitt, Manuel Garcia-Pelayo, Adolfo Posada, Karl Loewenstein, Garner et al. abordaram o tema sob o título elementos das constituições. O qualificativo mínimo-irredutíveis encontra origem no pensamento de Kenneth C. Wheare (Modern constitutions, p. 46 e s.). No Brasil, José Horácio Meirelles Teixeira enfrentou o assunto (Curso de direito constitucional, p. 182 – 190), no que foi seguido por José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 179 – 208). Ambos, contudo, assim como a generalidade dos autores, cognominaram o ponto de elementos das constituições, sem a adjetivação mínimo-irredutíveis (BULOS, 2015, p. 122).

Esses elementos são mínimo-irredutíveis, uma vez que não podem faltar num documento constitucional. São fundamentais à organização do Estado e à garantia das liberdades públicas. Por isso, não podem ser reduzidos, amesquinados ou renegados a segundo plano. São indispensáveis a uma autêntica constituição porque integram a sua estrutura normativa (LOEWENSTEIN, 2018, p. 153).

Na Constituição brasileira pode-se encontrar os seguintes elementos mínimo-irredutíveis: o orgânico ou o dogmático (artigos 18 a 43; 44 a 135; 142 a 144; e 145 a 169, da CF/88); limitativos (artigos 5º, inciso I a LXXVIII; 14 a 17, da CF/88); socioideológicos (artigos 6º a 11; 170 a 192; 193 a 232, da CF/88); de estabilização constitucional (artigos 34 a 36; 51, inciso I; 52, inciso X; 60; 85 e 86; 97; 102, inciso I, alínea 'a', e inciso III; 103; 136 a 141, da CF/88); de aplicabilidade constitucional

(Preâmbulo; § 1º do artigo 5º; artigos 59 a 69, da CF/88); e de transição constitucional (artigos 1º a 75 do ADCT) (BULOS, 2015, p. 123).

1.1 A CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado-nação surge, formalmente, a partir da criação de uma Constituição, uma vez que a organização e a estrutura de um Estado são baseadas na Constituição, vejamos:

O Estado nasce formalmente com a Constituição. Antes desta existir, é possível uma espécie de 'Estado de fato', isto é, o exercício da autoridade pública ou poder público por alguém que esteja igualmente capacitado a exercer o Poder Constituinte, ou a instalá-lo na respectiva função. Em qualquer hipótese, antes de existir uma Constituição, essa autoridade ou poder será sempre 'de fato'. Como, aliás, em essência também sempre é o Poder Constituinte, mormente em situações tais como a neste passo descrita" (FILOMENO, 1994, p. 34).

São muitos os conceitos de Constituição oferecidos pela doutrina jurídica, para o autor Kelsen a Constituição traduz um conjunto de normas positivas que regerá a produção do direito (infraconstitucional).

Ocorre, porém, que as normas constitucionais positivas, as formais, não esgotam o conteúdo material das Constituições, isto é, o conjunto dos seus aspectos positivados e dos costumeiros. Em virtude disso, precisamente, a distinção de tantos autores, entre Constituição formal e Constituição material" (SILVA, 1999, p. 85).

Sendo assim, 'Constituição' é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar, ou seja, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas. No âmbito jurídico, deve ser entendido como a lei fundamental e suprema de um Estado.

Resumidamente, a Constituição é a união de normas que organizam os elementos constitutivos do Estado-Nação. Todavia, Constituição, segundo parte da doutrina, são organismos vivos, documentos receptivos aos influxos da passagem do tempo, em constante diálogo com a dinâmica social, e que sempre haverá alguma dificuldade em sua delimitação, haja vista sua mutação constante, seu caráter aberto e comunicativo com outros sistemas.

(...) Cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios

cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (STF, ADIn 595-2/ES, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 28-2-2002, acessado em 24-10-2021).

A função que será desempenhada pela Constituição no ordenamento jurídico dá origem, segundo Virgílio Afonso (2005), à Constituição-lei, à Constituição-moldura e à Constituição-fundamento (ou Constituição-total). As quais, se diferenciam a partir da maior ou menor liberdade de atuação que é atribuída ao legislador originário em relação ao texto constitucional, isto é, se distanciam frente à capacidade e autonomia que o legislador possui (ou não) em conformar a ordem jurídica (MASSON, 2020).

Seguindo este entendimento, a Constituição Federal pode ser tida como lei fundamental, tanto para atividades relacionadas ao Estado, como também para a vida social. Uma vez que, a atuação do legislador está regulada pelos dizeres da Carta Magna.

Outro ponto, que importa, conceitualizar é ‘democracia’, visto que pode ser caracterizada na sociedade moderna como modo de conexão entre o povo e à vida política do Estado através da interferência indireta, e raramente pela direta, nas tomadas das decisões administrativas mais relevantes para a comunidade em que se insere.

A Democracia não é forma, é substância. Com isso estamos dizendo que a democracia é praticável tanto nos regimes republicanos, como nos regimes monárquicos; tanto nos sistemas de governo presidencialistas, como nos parlamentaristas, e nos diretoriais. A propósito da questão entre forma e substância, Bielsa (1961, p. 509 - 510) diz que a “soberania popular é o que explica o princípio democrático, mas não o sistema jurídico da Constituição”.

Logo, ‘Democracia’ se trata de estado de fato, e para sua existência segundo Bielsa (1961) é necessário que o governo emane do povo, para o povo, assim como foi discursado pelo histórico presidente dos Estados Unidos, Abraham Lincoln (1809 – 1865) “a democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo”.

No artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil,

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (BRASIL, 2021)

Oportunamente, cabe o conceito de Estado Democrático de Direito, segundo o autor SILVA, *in verbis*:

“Estado Democrático pode ser descrito como aquele que universalizou o direito de sufrágio, e transformou em normas de ordem pública todas as regras jurídicas; por outro lado, a expressão ‘Estado de Direito’ é mais do que isso: uma vez, que significa a sedimentação e indiscutibilidade daquelas duas citadas obras do Estado Democrático, mas subsumindo sua razão de ser aos postulados expressos no Preâmbulo e nos capítulos que cuidam dos direitos e garantias individuais, e dos direitos sociais” (SILVA, 1999, p. 193).

Por conseguinte, o Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamando no caput do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2021).

O autor Ferreira Filho (2001), em sua obra, discute o alcance do princípio democrático, afirmando:

A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antiéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da teoria democrática-representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da teoria participativa (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc. (FERREIRA FILHO, 2001, p. 23).

Portanto, pode se dizer que a criação da Constituição depende diretamente da instituição do Estado Democrático de Direito no Estado-nação, uma vez que um dos

requisitos do princípio democrático é a presença de órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário e a separação de poderes.

1.2 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Poder Constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado. Segundo Sieyès (1748 – 1836), um dos precursores da tese sobre a titularidade do poder constituinte, é a nação que possui a titularidade do Poder, do qual, liga-se a ideia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte e originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se se sujeitar à Carta Magna.

Desse modo, o poder constituinte é anterior ao surgimento do novo Estado e existe exatamente para organiza-lo, por meio da Constituição; como, no entanto, a noção de direito já existe antes mesmo do Estado surgir, o poder “criador” já pode ser lido nesses termos, como um poder jurídico. Partidário dessa tese no Brasil é Manoel Gonçalves, para quem,

O Direito não se resume ao Direito positivo. Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este. Deste Direito Natural decorre a liberdade de o homem estabelecer as instituições porque há de ser governado. Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de Direito (MANOEL GONÇALVES, 2001, p. 23).

A ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição, da qual, é superior ao restante do ordenamento jurídico, insta salientar, que não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, distinto ao anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, do novo Poder Constituinte (MORAIS, 1997).

Sendo assim, o Poder Constitucional Originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.

O Poder Constituinte Originário apresenta as características de incondicionado e ilimitado. Seguindo a análise histórica da constituição de diversos países, pode se

apontar duas básicas formas de expressão do poder constituinte originário: a Assembleia Nacional Constituinte e o Movimento Revolucionário.

Do qual, respectivamente, uma promulga e a outra outorga a constituição, ali estabelecida, a diferença consiste na liberdade política existente naquele determinado Estado. Uma vez que, na outorga há uma imposição, sem a participação popular e na promulgação há um debate democrático, onde a sociedade opina sobre a elaboração de sua constituição.

À vista disso, pode se concluir que tudo o que está escrito numa Constituição traduz a decisão do constituinte originário, ou seja, a decisão de fato, de natureza política, portanto, é um conjunto de princípios políticos.

Portanto, seguindo o entendimento de Silva (1999) as decisões políticas realizadas pelo constituinte necessitam de um sistema de aplicação e de incidência concreta. Uma vez que, o conjunto de princípios, da qual foram acolhidos, é corporificado na Constituição.

1.2.1 Segundo Poder Constituinte Originário

Para se entender melhor a ideia de segundo Poder Constituinte Originário, deve se entender a polêmica entre as teses de Carl Schmitt e Kelsen, do qual, defendiam ideias opostas a respeito de quem deveria ser o guardião da Constituição, uma vez que a Constituição tem como incumbência estabelecer limites ao exercício dos poderes políticos eleitos pelo povo.

Schmitt, defendia que o Chefe de Estado que deveria ser o guardião, enquanto, Kelsen defendia a criação de uma Corte Constitucional. O Poder Constituinte originário brasileiro, adotou a tese de Kelsen, tendo, por conseguinte a Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

Como o próprio poder constituinte originário brasileiro definiu que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e o defensor dos direitos fundamentais, verifica-se que, após a elaboração da Constituição, além da existência do poder constituinte derivado, garantido ao Poder Legislativo, surge, como consequência do papel de guardião da Constituição, o segundo poder constituinte originário, que

(...) não desampara a Constituição depois de feita, antes a acompanha e modifica, posto que não tenha titularidade definida ou careça da racionalidade do momento constituinte ou haja tomado ocasionalmente configuração difusa (BONAVIDES, 2012, p. 187).

Este segundo poder constituinte originário, teorizado por Bonavides, é percebido com maior nitidez por meio da própria Corte Suprema. As decisões da Corte Suprema, como segundo poder constituinte originário, atualizam e rejuvenescem a Constituição, observando as modificações da realidade social (mutação constitucional).

Todavia, tal premissa é perigosa, uma vez que o papel do Supremo Tribunal Federal é aplicar a premissa maior (Constituição), não modificar segundo princípios, visto que princípio não pode ser considerado como norma (EROS GRAU, 2021).

Para Dallari (2005), sem este segundo poder constituinte originário, a Constituição estagnaria no tempo, pois a forma silenciosa como atua só é possível perceber quando se constata as transformações já operadas na Constituição sem a interferência do poder constituinte derivado.

Joaquim Barbosa, em seu voto na ADI n. 3.105-8/DF, declara que:

No constitucionalismo moderno, somente por intermédio dos procedimentos da emenda constitucional e da jurisdição constitucional, fenômeno jurídico hoje quase universal, é que se consegue manter a sincronização entre a Constituição e a realidade social, cuja evolução é contínua e se dá em ritmo avassalador (ADI n. 3.105-8/DF, rel. p/ acórdão: Min. César Peluso, julgamento em 18.8.2004, publicado no DJ de 18.2.05 – acessado em 26-10-2021).

Diante uma porcentagem da doutrina, a atuação do segundo poder constituinte originário, que se vislumbra nos acórdãos das Cortes Constitucionais dos Estados Democráticos de Direito, configura “o exercício de um tal poder anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz” (BONAVIDES, 2012, p. 187), que acolhe a transformação da realidade social e lhe dá respaldo.

Segundo Peliccioli (2008), a função normativa do Supremo Tribunal Federal legitima-se democraticamente também em razão de se envolver com o exercício de um segundo poder constituinte originário, na medida em que as decisões da Corte Constitucional, ao perceberem a realidade social, se propõem a aperfeiçoar e atualizar a Constituição (mutação constitucional), tendo por objetivo a realização dos direitos fundamentais nela consagradas.

Todavia, uma atuação como legislador positivo pela cúpula do Poder Judiciário pode ser considerada pelos outros Poderes como uma hiperpotencialização do Poder Judiciário.

(...) a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), como legislador positivo, aos olhos do Poder Executivo e Legislativo é uma forma de sobreposição dos limites do Poder Judiciário, uma vez que o fortalecimento do STF em uma cultura jurídica pouco democratizada e sem parâmetros claros de prestação de contas à sociedade pode também representar perigo (FOLLAIN, 2019, p. 83).

Outro ponto que, se deve destacar é a insegurança jurídica gerada entre a sociedade com a sobreposição dos limites da Jurisdição Constitucional, visto que, uma sociedade, insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, passa a nutrir anseios de justiça. E o anseio de justiça, retrocede a sociedade ao estado natural.

No mesmo sentido, Barroso afirma (2009, p. 302 - 303) que

(...) A pretensão de neutralidade do intérprete, embora seja passível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é inatingível na sua plenitude. Interpretar envolve, frequentemente, a escolha de valores e de alternativas possíveis. Ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o juiz estará sempre promovendo crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça.

Neste interim, o segundo poder constituinte originário exercido pelo guardião da constituição é algo que deve ser estudado com cautela, para que haja, futuramente, um cerceamento de quais assuntos possam ser modificados, uma vez, que o sistema democrático trouxe à norma constitucional a tripartição dos poderes com suas funções típicas e atípicas pré-estabelecidas.

Conforme bem pondera Luhmann (in ob. cit., p. 138), “o poder há de ser legitimado pelo povo e os seus instrumentos de coação devem ser ordenados em instituições justas”. Visto que a usurpação de competência entre os três poderes da República Federativa do Brasil inibe o equilíbrio e a proteção do Estado, quando não está escrito em lei estrita e formal.

1.3 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A divisão segundo o critério funcional é a célebre Separação de Poderes, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação (Legislativo), administração (Executivo) e jurisdição (Judiciário), que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que a exercerão com exclusividade (MORAIS, 1997).

Ao prelecionar sobre a divisão dos poderes Montesquieu (2005, p. 25 – 26) prelecionou o seguinte:

(...) precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, faze-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir (...) sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar concerto.

De fato, existe formalmente, e subsiste nos seus limites a tripartição dos Poderes, do qual visa, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem. Repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para possam ser exercidas por cada poder.

(...) a Constituição os estatui harmônicos, devendo cada qual respeitar a esfera de atribuições dos outros e exercer as próprias de modo que nunca de embaraço, mas de facilidade e coadjuvação, sirvam às dos demais, colaborando todos assim a bem da comunhão (BARBALHO, 1891, acessado em 22/12/2021).

Neste interim, cada Poder exerce uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente, por conseguinte, não mais é permitido a um único órgão legislar, aplicar e julgar, de modo unilateral.

Desse modo, tais atividades passaram a ser realizadas, independentemente, por cada órgão, surgindo, assim, o que se denominou teoria dos freios e contrapesos, balizada pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

(...) Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os 'freios e contrapesos' admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes (...) (ADI 1.905/MC, Rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.98, DJ de 05.11.2004, acessado em 22-12-2021).

Destarte, além do exercício de funções típicas, inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas. Importa, evidenciar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, visto que, tal competência está assegurada pelo poder constituinte originário.

Neste sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro, trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica do outro, quando houver expressa previsão (função atípica) e, diretamente, quando houver delegação

por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do artigo 68, da CF/88, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo (LENZA, 2010).

A atuação de cada Poder concorre obrigatoriamente para a consecução das finalidades do Estado, em cada procedimento de interesse deste. Ou seja, independentemente de um até certo ponto subjetivo intuito de colaborar, nos procedimentos para os quais a Constituição prevê a atuação de mais de um Poder, cada qual se desincumbirá funcionalmente de sua parte, sem se deter ou atentar no que farão os demais. Esta, pelo menos, é a fórmula constitucional para os procedimentos de interesse do Estado (SILVA, 2012, p. 203).

Baseado em toda conceitualização da ‘tripartição dos poderes’, em relação a função típica e as atípicas exercidas por cada Poder, regulados pela Carta Magna, se faz necessário abordar o tema: sobreposição do Poder Judiciário em sua atuação como legislador positivo nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), no qual através de sentenças normativas, legisla positivamente.

Gerando um desequilíbrio normativo, uma vez que o excesso de um dos poderes gera insegurança jurídica, fazendo-se necessário desconstruir a ideia mitológica do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo nos procedimentos de controle de constitucionalidade e inconstitucionalidade, e assim delimitar sua atuação.

Visto que, houve um considerável aumento de decisões baseadas no ativismo judicial, que é um termo técnico para definir a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferir em decisões de outros poderes.

Uma vez que, a Corte, através da jurisdição constitucional possui o dever de proteger a Constituição e tutelar pelo cumprimento dos direitos fundamentais frente as normas estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil.

(...) a jurisdição constitucional e democracia possuem uma tensão sinérgica e que o problema não residiria no remédio, mas na dosagem. Quando a corte constitucional passasse a concentrar a solução de todos os conflitos sociais, políticos e morais mais relevantes da sociedade, haveria um exagero antidemocrático. A fórmula, porém, não seria universal, mas dependeria de fatores contingentes como o grau de representatividade dos poderes políticos majoritários, sua performance na proteção de direitos fundamentais e de minorias, a credibilidade e independência do sistema judicial, e a existência, no âmbito do Poder Judiciário, de uma cultura na elitista, aberta aos anseios dos grupos mais vulneráveis da população. O problema deste argumento é que os elementos para avaliação da atuação da corte possuem alto grau de subjetividade e ele não contempla indicadores mais concretos de accountability. (SARMENTO e SOUZA NETO. 2015, p. 83 - 84)

Por conseguinte, o problema não reside no remédio, mas na dosagem, logo, se faz necessário se estabelecer critérios para determinar a limitação da Corte Constitucional, exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez, que a sobreposição de seu dever gera um desequilíbrio da tripartição dos poderes, fato inerente ao Estado Democrático de Direito.

1.4 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Conexo com a rigidez da Constituição, está o princípio da supremacia constitucional, do qual, é o vínculo de subordinação dos atos públicos e privados de um Estado. É no nível mais elevado do Direito Positivo, que está a Constituição, é o parâmetro, a lei fundamental do Estado, a *lex legum* (lei das leis).

(...) de fato, o princípio da supremacia constitucional constitui o alicerce em que se assenta o edifício do moderno Direito Público. Normas constitucionais põem-se acima das demais normas jurídicas (hierarquia) e essa preeminência é que vai constituir superioridade da constituição (PALU, 2001, p. 145).

Em decorrência da supremacia Constitucional e da rigidez de seu texto, que se é possível questionar a constitucionalidade dos diplomas infraconstitucionais por intermédio do controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal federal tem seguido a seguinte linha de pensamento:

(...) Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial de que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar lhe os princípios ou transgredir lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica (STF, ADIn 2.215-MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 17.4.2001 – acessado em 04-01-2022).

Sendo assim, convém conceituar a divisão do princípio da supremacia constitucional, do qual, é dividido em supremacia formal e material, sendo que a formal pode ser descrita como a particular relação de superioridade em que se encontram submetidos os atos públicos e privados de um ordenamento e a supremacia material da constituição, como aquela que decorre de uma consciência constitucional.

Tanto a supremacia material como a supremacia formal sujeitam-se ao influxo da força normativa da constituição, que se encontra conectada com o fenômeno que os alemães chamaram de vontade constitucional (*Wille zur Erfassung*¹).

Por oportuno, cabe acentuar, os reflexos da supremacia constitucional na ordem jurídica podendo ser sentidos pela observância dos seguintes princípios: princípio da adequação ou da simetria, princípio da hierarquia, princípio da razoabilidade, princípio da defesa da constituição, princípio da força normativa da constituição e princípio da rigidez constitucional.

Ademais, a força normativa da constituição é a energia vital que lhe confere efetividade ou eficácia social. Consigna um dos princípios reitores da ordem jurídica. Relaciona-se com a supremacia constitucional e não se encontra expressa no texto maior. É, portanto, um vetor implícito, dessumido da lógica do sistema.

Neste interim, é dever dos agentes do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, obedecer à supremacia, formal e material, das normas enfeixadas na Constituição da República Federativas do Brasil, uma vez que, a Constituição é o alicerce, a base, o documento estruturante do Estado e da sociedade. Por conseguinte, o dever de observância aos princípios e preceitos fazem a excelência e sua efetividade.

(...) os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados por qualquer instancia de poder - mesmo surgidos no contexto de processos políticos - não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou a fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de comando estabelecidos na própria Lei Fundamental do Estado, como aqueles que asseguram direitos e garantias ou que impõem limites intransponíveis ao exercício do poder. O que se mostra imperioso proclamar, Senhor Presidente, é que nenhum Poder da República tem legitimidade para desprezar a Constituição ou para ferir direitos públicos e provados de quaisquer pessoas, eis que, na fórmula política do regime democrático, nenhum dos Poderes da República é imune ao império das leis e à força hierárquica da Constituição. (Discurso proferido na solenidade de posse da Presidência do STF, em 19.4.2012, pp. 07/08, acessado em 03-01-2022).

À vista disso, pode se concluir sem desvios, que a Constituição é o fundamento de validade para as demais leis infraconstitucionais, sendo necessário à validação da lei em face das normas constitucionais, uma vez que as normas infraconstitucionais não podem estar em discordância com os preceitos estritos da lei maior.

¹ Vontade de capturar.

Portanto, o Poder Judiciário deve levar em conta o dever de observância aos princípios - e sempre lembrar que princípio não é norma - e preceitos. E seus membros, no exercício do monopólio de interpretar e aplicar normas, visto que, para o 'juiz' é necessário, ter a "ficha limpa" é *conditio sine qua non* para o exercício da competência funcional.

1.5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A priori, frisa-se que a Jurisdição é uma função típica do Poder Judiciário, derivada do ato jurisdicional e confirmadora da força do direito na solução de conflitos. Todavia, o vocábulo jurisdição por ser um conceito de direito público não está interligado, exclusivamente, ao direito judiciário.

Uma vez que, a jurisdição constitucional na sua função de dizer o direito aplicável está intimamente ligada ao princípio da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, além de prestar-se à defesa dos direitos fundamentais e à própria rigidez constitucional.

Logo, jurisdição constitucional é a forma processual como cada Estado-Nação trata, em seu ordenamento jurídico, a resolução de conflitos sobre a interpretação e aplicação da sua Constituição. "Um catalizador essencial, ainda que não o único, da ciência do direito constitucional como interpretação constitucional (HABERLE, 2011).

Para Hesse (1877 - 1962), a jurisdição constitucional está estruturada no equilíbrio dos poderes e

(...) contribui para a conservação da coexistência de forças políticas diferentes, aproximadamente equilibradas, pela sua atividade que pressupõe a ordem constitucional da Lei Fundamental e que, simultaneamente, é condição fundamental de sua própria eficácia: e a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional – o papel que a Constituição, nomeadamente em seus direitos fundamentais, desempenha na vida da República Federal assenta-se, não em último lugar, nisto, que a questão da observância das vinculações jurídico-constitucionais sempre pode ser feita acessível à decisão do Tribunal Constitucional Federal.

Portanto, para Hesse a jurisdição constitucional serve exclusivamente à conservação da Constituição, do qual, objetiva efetivar a ordem jurídica e o seu cumprimento.

Na qualidade de expressão da soberania do Estado, *in verbis*:

(...) a jurisdição é a capacidade de decidir imperativamente e de impor decisões, sendo o canal que dá efetividade ao Direito. Através da manifestação do seu caráter soberano, o Estado conhece os conflitos de interesse, ou não, e declara em seu nome e não em nome das partes, o direito aplicável ao caso, podendo executar o decisor, se provocado (CHIOVENDA, 1964, p. 09 e 11).

A importância da jurisdição constitucional está no fato de firmar o Poder Judiciário no cenário dos poderes de Estado, afastando a percepção vulgar de ser este Poder um mero órgão de solução de conflitos e interesses. Ou seja, o Poder Judiciário não se resume a um órgão de Estado, cuja função se esgote na prolação de sentenças. Nessa perspectiva, é necessário reconhecer ao mesmo sua legítima participação no processo político e institucional do País.

Neste interim, a jurisdição constitucional (teoricamente) deixou o clássico conceito de apenas dizer o direito para o caso concreto (aplicação da norma), pois o controle de constitucionalidade praticado pelos Tribunais Constitucionais desenvolveu-se em abstrato (interpretação), sem qualquer referência a um caso concreto, tratando-se, contudo, de uma atividade jurisdicional.

No sentido de atividade jurisdicional, tem como objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos normativos, com a Constituição, desde que violem as formas impostas pelo texto constitucional ou estejam em contradição com o preceito da constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade.

Portanto, “a jurisdição constitucional tutela a regularidade constitucional no exercício ou atividade dos órgãos constitucionais” (CASTRO, 1975, p. 149 - 150). Uma vez que, é o instrumento para resguardar o cumprimento e a superioridade de certos direitos fundamentais.

1.6 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, deve zelar para que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seja concretizada em seu objetivo principal de implementação dos direitos fundamentais, pois estes estão a todo momento à mercê da “tirania da maioria” (REBUFFA, 1993).

Para que haja a efetivação de suas atribuições, o Supremo Tribunal Federal exerce, além da função jurisdicional, as funções exclusivas da jurisdição

constitucional, que são: a função de controle de constitucionalidade; a função de interpretação com efeito vinculativo; e a função normativa.

O controle de constitucionalidade pressupõe a rigidez constitucional, e, por conseguinte, a supremacia formal da Constituição, sendo assim, é “um meio institucionalizado, um sistema, um aparelho orgânico ou um processo criado a título mais ou menos específico para tal fim” (MIRANDA, 2005. p. 51).

A função de interpretação com efeito vinculante é restrita à jurisdição constitucional, a Emenda Constitucional Federal n.º 45/2004, constitucionalizou a matéria, concedendo o efeito vinculante às ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, vejamos o que diz o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)(BRASIL, 2022)

(...)

Sobre o efeito vinculante, Gilmar Mendes (2003) elucida:

(...) o efeito vinculante da decisão está intimamente ligado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado democrático e a função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal (...) Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. (Recl. N.2.56/RN, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 11.9.2003 e publicado no DJ de 30.4.04, acessado em 11-01-2022).

No que se refere a efeito vinculante, o STF tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões da Corte Constitucional, estendendo a obrigatoriedade não só a parte dispositiva, mas também aos fundamentos determinantes da decisão.

Neste interim, no ordenamento jurídico brasileiro, é admitido o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes que embasaram a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (MELLO, 2010).

Outrossim, a função normativa é quando uma lei é interpretada. No Brasil, os precedentes da função normativa exercida pelos tribunais datam do final do século XIX, por meio de seus regimentos internos e, posteriormente, por meio das instruções e resoluções dos tribunais eleitorais e, ainda, pela via da sentença normativa da jurisdição do trabalho.

No entanto, é no momento de exercer as suas funções jurisdicionais, como guardião da constituição, que o Supremo Tribunal Federal tem extrapolado em sua competência, como é o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 (união estáveis entre pessoas do mesmo sexo), em que o Supremo Tribunal Federal formalizou teses que deixaram pouco espaço para o Congresso Nacional regulamentar o tema, com lei estrita.

Neste interim, é necessário dinamizar mecanismos que,

(...) sem esquecer nem subestimar a autoridade democrática do legislador, assegurem a densidade normativa da Constituição, preservando seu conteúdo axiológico e resguardando sua supremacia (BARROSO, 1982. p. 476.).

Sendo assim, o legislador não interpreta in concreto, mas in abstrato; cogita da premissa maior do silogismo, sob a forma legislativa, pois interpretar in abstrato é legislar (TROPÉ, 2001).

Portanto, partindo do pressuposto, que o Supremo Tribunal Federal possui a função de determinar o direito aplicável ao caso e, de manter e atualizar as normas jurídicas, abarcando o controle abstrato de constitucionalidade das leis, o Tribunal Constitucional não deve ser definido apenas como legislador negativo, mas também como legislador positivo, uma vez que efetiva sua decisão através de decisões colegiadas e sumulas vinculantes.

CAPÍTULO II: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo serão destrinchados o conceito, modalidades e os efeitos das decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade, no modo difuso (de defesa) e concentrado (em abstrato), como, também, os tipos de ações diretas de inconstitucionalidade, omissiva e comissiva.

2. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Na primeira metade do século XVII, a desavença entre o juiz inglês Edward Coke e o monarca James I Stuart deu origem à tese da supremacia do *Common Law*. O que significava “dizer que”, apesar de não escrita, a Inglaterra possuía uma *Fundamental Law*, que a todos sujeitava, inclusive o Parlamento.

Com efeito, em 1610, Coke declarou a supremacia do *Common Law* por meio de sua decisão no caso *Bornham*. Generalizando, para além do caso, neste sentido Coke escreveu o seguinte:

“O Common Law controla os atos do Parlamento e, algumas vezes, julga-os por serem completamente nulos: quando um ato do Parlamento é contrário ao direito comum ou à razão, ou é repulsivo, ou impossível de ser realizado, o Common Law controla e julga cada ato por ser nulo” (KURLAND, 1893, p. 38).

Inopidamente, o controle de constitucionalidade no Estados Unidos teve sua origem de forma natural, por meio de jurisprudência da própria Suprema Corte, e em períodos distintos.

Todavia, somente a partir da sentença da Suprema Corte, no caso *Marbury v. Madson* (1803), é que verdadeiramente foi inaugurada a *judicial review* da constitucionalidade das leis e, com isto, a jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado Democrático de Direito.

Portanto, foi da jurisprudência e não da Constituição que surgiu o sistema difuso de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, sendo que o princípio nasceu da ilação (dedução) interpretativa.

Nesse ínterim, o controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro incorporou duas fontes, a estadunidense (modo difuso) e a europeia (modo

concentrado), do qual teve surgimento de modo oposto um do outro, e possui competência jurisdicional oposta (teoricamente), uma vez que no modo difuso, o pedido pode ser julgado diretamente pelo Poder Judiciário e no modo concentrado somente a Suprema Corte (STF) pode julgar o pedido.

Segundo Gilmar Mendes (2010, p. 378), “o controle de constitucionalidade pressupõe a rigidez constitucional, e, por consequência, a supremacia formal da Constituição”. Sendo assim, é possível construir premissas para a sua realização:

- a) a existência de uma Constituição escrita e marcada pela rigidez;
- b) o reconhecimento de que a Constituição é norma superior (supremacia constitucional) e pressuposto de validade de todos os demais diplomas normativos;
- c) estipulação de uma relação de parametricidade (de comparação), isto é, feitura de uma avaliação de compatibilidade entre a norma superior (Constituição) e o restante do ordenamento jurídico, conferindo primazia sempre a norma fundamento (superior);
- d) estabelecimento de consequência jurídica ante a violação da parametricidade – por exemplo, o reconhecimento da inexistência, da nulidade ou da anulabilidade do ato inferior incompatível com a Constituição; (MASSON, 2020, p. 1.438 – 1.447)

O controle de constitucionalidade é baseado no antagonismo de leis infraconstitucionais para com a carta magna, portanto a sua efetivação elucida na conclusão de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

A efetivação do controle desenlaça-se na conclusão de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do ato submetido à comparação (análise de compatibilidade) com o texto constitucional. caso a percepção final seja pelo antagonismo e contrariedade do ato normativo inferior frente aos vetores constitucionais, estaremos diante da inconstitucionalidade, que poderá ser classificada segundo alguns critérios, quais sejam: formal ou material; ação ou omissiva; originária ou superveniente; total ou parcial; e direta e indireta” (MASSON, 2020, p. 1.438 – 1.447).

Resumidamente, tem-se inconstitucionalidade formal quando o vício que afeta o ato inconstitucional decorre da inobservância de algum rito do processo legislativo constitucionalmente fixado ou da incompetência do órgão que o editou. Diversamente, na inconstitucionalidade material o conteúdo da norma é contrário ao conteúdo constitucional.

A inconstitucionalidade por ação, pressupõe a realização, por parte do Estado, de uma conduta positiva que não se compatibiliza com os preceitos fundamentais. Em contraposição, a inconstitucionalidade por omissão decorre da nefasta letargia do Poderes Públicos, do qual, impede a efetivação de uma norma constitucional que, para produzir com plenitude seus efeitos, depende da atuação estatal.

Na inconstitucionalidade originária, o parâmetro será sempre anterior ao objeto (norma legal), isto é, a norma legal é editada após a Constituição e sob o seu império. Nos dizeres do Supremo Tribunal Federal:

A teoria da inconstitucionalidade supõe, sempre e necessariamente, que a legislação, sobre cuja constitucionalidade se questiona, seja posterior à Constituição. Porque tudo estará em saber se o legislador ordinário agiu dentro de sua esfera de competência ou fora dela, se era competente ou incompetente para editar leis que tenha editado. (ADI 2, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 21/11/1997 – acessado em 12-01-2022)

Na inconstitucionalidade superveniente, o parâmetro é sempre posterior ao objeto, todavia, insta salientar, que no Brasil, ao contrário de outros países não se reconhece a inconstitucionalidade superveniente.

Quanto ao alcance, a inconstitucionalidade será total quando o diploma analisado for inconstitucional na sua totalidade, não sendo possível aproveitar nenhum trecho da norma. Em contrapartida, será parcial quando o vício atingir apenas trechos específicos do diploma.

No parâmetro de apuração, a inconstitucionalidade poderá ser direta (imediata), quando a ofensa da norma ao texto constitucional é frontal, isto é, entre a norma constitucional e o diploma avaliado não há que ser interposta nenhuma outra norma.

Podendo ser, também, indireta (mediata), da qual se subdivide em reflexa – decorrente do desrespeito direto a uma norma infraconstitucional – e consequencial – quando entre duas normas uma relação de dependência, sendo que a declaração de inconstitucionalidade da principal enseja a declaração de inconstitucionalidade da acessória.

Seguindo essa ideia, o parâmetro para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, consiste na norma ou no conjunto de normas que se toma como referência numa análise comparativa.

Noção de parametricidade no STF: a “noção conceitual de parametricidade – vale dizer, do atributo que permite outorgar, à cláusula constitucional, a qualidade de paradigma de controle – desempenha papel de fundamental importância na admissibilidade, ou não, da própria ação direta, consoante já enfatizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADIMC 1.347/ DF, Rel. Min. Celso de Mello). Isso significa, portanto, que a ideia de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade), por encerrar um conceito de relação que supõe, por isso mesmo, o exame da compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia – torna essencial, para esse específico efeito, a identificação do parâmetro de confronto, que se destina a possibilitar a verificação, in abstracto, da legitimidade constitucional de certa regra de direito positivo, a ser necessariamente cotejada em face da cláusula invocada como referência paradigmática. A busca do paradigma de

confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição” (STF, Adin 1.588/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 11-4-2002, DJ de 17-4-2002, p.09 - acessado em 12-01-2022)

A partir deste parâmetro, compreende-se que em nosso ordenamento jurídico o paradigma para o controle de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é a própria Constituição Federal, o que significa que todas as suas normas podem determinar a inconstitucionalidade de uma lei inferior (infraconstitucional).

Todavia, importa salientar, que é equívoco erigir (fundar) a rigidez ou a flexibilidade das constituições como pressupostos imprescindíveis para a existência material do controle de constitucionalidade.

Uma vez, que somente no ângulo formal é que o princípio da rigidez pode ser aferido como paradigma de validade de outros atos normativos. Visto que, da ótica material, não há qualquer intersecção absoluta nesse campo a ponto de julgar que, inexistente controle no Estado que contém uma Constituição flexível.

Sobre o tema Paulo Napoleão Silva diz:

(...) O controle de constitucionalidade, a rigor, passa por cima de conceitos tais como o de Constituição flexível ou rígida, na medida em que, em tese, pode incidir de igual maneira sobre as leis e os atos normativos em geral, fundados tanto em uma, como em outra dessas espécies constitucionais (SILVA, 2000, p. 15).

Portanto, o controle das leis não depende do fator rigidez, na medida que em sua base teórica, pode abarcar tanto as constituições flexíveis, a inglesa, como a rígida, a constituição brasileira.

2.2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, o controle difuso – também chamado de desconcentrado, subjetivo, aberto, concreto, descentralizado ou incidental (atrela-se à via de exceção) - foi adotado desde a primeira Constituição da República, a de 1891, e mantido em todas as demais Cartas.

Sendo assim, cabe a conceituação de controle difuso de constitucionalidade, do qual, pode ser analisado como “aquele em que todos os juízes, exercendo, incidentalmente, este controle, têm a obrigação legal de aplicar a Constituição preferencialmente as leis” (CAPELLETTI, 1997, p. 67). É preciso esclarecer que o juiz

constitucional não declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mas deixa de aplicar a lei e/ou o ato normativo quando os considera inconstitucionais.

A legitimidade para inaugurar o controle difuso de constitucionalidade é ampla, enquadram-se no rol de autores: quaisquer pessoas, no exercício do seu Direito Constitucional de ação, o Ministério Público, sendo possível, ainda, que o juiz ou Tribunal suscite a inconstitucionalidade ex-officio.

As características do controle difuso são (SANTIVÁÑEZ, 2004, p. 59):

- a) todos os órgãos jurisdicionais inferiores, superiores, estaduais e federais podem e devem pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos perante eles invocada;
- b) deve ser alegada de forma incidental e não direta;
- c) a legitimação para arguir inconstitucional uma lei ou ato normativo é das partes em conflito, que pretendem a desaplicação da suposta norma inconstitucional, e dos juizes, que poderão alegá-la ex-officio;
- d) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estão limitados ao caso concreto, uma vez que a lei ou o ato normativo será considerado nulo somente entre as partes;

Nessa modalidade de controle, em que se faz a fiscalização concreta de constitucionalidade, qualquer juiz ou Tribunal do Poder Judiciário possui competência para verificar a legitimidade constitucional dos atos estatais, não havendo nenhuma restrição quanto ao tipo de processo.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, “Todo e qualquer órgão investido do ofício judicante tem competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade” (AI (AGR) 145.589-RJ, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, acessado em 16-01-2022). Por conseguinte, o autor da via de exceção poderá propor incidentalmente em qualquer Tribunal sem prejuízo de declínio do seu direito.

Por pressuposto, cabe avaliar que o juízo de verificação da compatibilidade da norma com o texto constitucional não é a questão principal, a ser discutida na ação, uma vez que é feita de forma incidental, sendo assim, o que está sendo discutida pela via de exceção é uma questão prejudicial à parte.

Dessa forma, pode-se concluir que no controle difuso o intuito central do processo não é o de tutelar a ordem constitucional objetiva, ao contrário, a finalidade é proteger direitos subjetivos afetados pela norma que se pretende impugnar, é dirimir a controvérsia jurídica exposta na lide na defesa de direitos subjetivos pertencentes às partes da relação jurídica.

Insta salientar, que a apreciação judicial da controvérsia constitucional não será feita no dispositivo da decisão, mas sim na fundamentação. Nesse mesmo sentido opina Guilherme Peña (2010, p. 172),

A declaração incidental de inconstitucionalidade não é revestida pela autoridade da coisa julgada material, pois a imutabilidade do conteúdo do pronunciamento jurisdicional contra o qual não é cabível nenhum recurso é objetivamente limitado à questão principal, não sendo alcançada a questão prejudicial consistente na constitucionalidade da norma sujeita ao controle de constitucionalidade concreto, podendo a questão constitucional ser rediscutida em outro processo (Guilherme Peña, 2010, p. 172 > acessado em 20-02-2022).

Nesse interim, a pronúncia do Poder Judiciário, no controle difuso, não se reporta ao mérito da causa. A sentença proferida, no caso concreto, é para resolver a questão prévia de inconstitucionalidade, não o litígio principal. Uma vez, que o litígio somente será resolvido depois que o incidente tiver sido sanado.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando a questão prejudicial for suscitada, na via de exceção (difusa), cumpre ao Poder Judiciário examina-la.

Precedente: “Controle incidente de constitucionalidade: suscitada, no voto de um dos juízes do colegiado, a questão de inconstitucionalidade da lei a aplicar, deve o Tribunal decidir a respeito; omitindo-se e persistindo na omissão, não obstante provocando mediante embargos de declaração, viola as garantias constitucionais da jurisdição e do devido processo legal (CF, artigo 5º, XXXV e LIV), sobretudo quando, com isso, obstruir o acesso da parte ao recurso extraordinário” (STF, RE 198.346-9/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 1, DE 5-12-1997, P. 63919 – acessado em 20-02-2022).

Em nosso ordenamento jurídico, juízes e tribunais examinam, nos processos de sua competência, a inconstitucionalidade das leis e atos normativos no caso concreto, na via de exceção, pelo controle difuso (CF, artigo 97). Contudo, o STF também exerce o controle difuso, apenas em sede de recurso extraordinário (artigo 102, III, alíneas “a, ‘b’ e ‘c’”, BRASIL, 2022), de recurso ordinário ou quando aprecia a inconstitucionalidade de normas fundadas em decisões recorridas (artigo 102, II, BRASIL, 2022).

2.3 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado, inaugurado no Brasil pela Emenda n.º 16, de 06 de dezembro de 1965, permite que apenas o órgão de cúpula do Poder Judiciário aprecie a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos. No Brasil, o controle concentrado – também chamado de objetivo, reservado, fechado, em tese, principal, abstrato ou centralizado – atrela-se à via de ação.

Sendo assim, pela via de ação, somente o Supremo Tribunal Federal – guardião da Carta Magna - fiscaliza a constitucionalidade das leis e atos normativos, podendo ser provocado pelos mecanismos abstratos de defesa da Constituição.

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade caracteriza-se por ser um processo principal de inconstitucionalidade, ou processo por via de ação, que

(...) tem por objeto uma pretensão dirigida à declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas jurídicas. É um processo de controle de normas, destinado, de forma abstrata, a verificar a conformidade formal procedimental ou material, de normas jurídicas com a Constituição (CANOTILHO, p. 873).

Além destas características, tem-se as seguintes:

- a) o procedimento para o requerimento do controle de constitucionalidade se dá por meio do ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade;
- b) a legitimação é concedida a determinados órgãos e pessoas com certas restrições e obedecendo a certas limitações;
- c) os efeitos de declaração de inconstitucionalidade, contrariamente ao controle difuso, são gerais ou erga omnes, determinando a invalidade de uma lei ou ato normativo. (MASSON, 2020, p. 1.438 – 1.447)

De início, incrementou-se o rol de ações componentes da via concentrada, do qual é realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, na tutela da Constituição Federal, possui como instrumentos: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI – artigo 102, I, “a”, CF/88); a ação declaratória de constitucionalidade (ADC – artigo 102, I, “a”, CF/88); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO - artigo 103, §2º, CF/88); e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF - artigo 102, § 1º, CF/88) (MASSON, 2020, p. 1.438 – 1.447);

Por conseguinte, é previsto na carta magna e em leis, instrumentos jurídicos, que permitem ao Supremo Tribunal Federal realizar a defesa abstrata da constituição.

Legislação: Lei n.º 9.868, de 10-11-1999 (“Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”); Lei n.º 9.882, de 03-12-1999 (“Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal” BRASIL, 2022).

Tais mecanismos operam em abstrato, uma vez que não visam a defesa de interesses particulares, mas a tutela da ordem jurídica como um todo (a sociedade em geral).

Por conseguinte, as decisões possuem efeito erga omnes, uma vez que possuem efeitos abstratos, não se vinculando a um sujeito. Contudo, nos últimos anos tem se percebido uma certa mudança no teor das decisões, visto que agora no processo, que na teoria deveria possuir fato abstrato, apresenta-se com sujeitos e interesses coletivos de certa parcela da população, transformando, o processo abstrato em um processo de defesa.

A Defesa de interesses “corrompe” o conceito de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que não se está discutindo mais uma norma que vai contra a Constituição, mas sim uma norma infraconstitucional que está indo contra o entendimento moral de uma Corte. Gerando, esta forma, uma certa insegurança constitucional.

2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EFETIVADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Brasil, foi adotado o sistema misto de controle de constitucionalidade, sendo assim, a tarefa do Poder Judiciário efetiva-se por duas vias diferentes: via de exceção (ou defesa) – controle difuso; e via de ação (ou abstrata) – controle concentrado.

Segundo o autor Bulos (2015, p. 237 - 238) “o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de normas, atua como legislador negativo, não podendo converter seu múnus em instrumento de legiferação positiva (ato de criar leis ou atos normativos primários)”.

Entendimento do STF: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a impossibilidade jurídica de se ajuizarem ações diretas de inconstitucionalidade, com o escopo de transforma-lo em legislador positivo: “Por impossibilidade jurídica do pedido, o Tribunal não reconheceu da ação direta ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS, contra dispositivo da Lei 9.504/97, que trata da distribuição de tempo para a propaganda gratuita no rádio e na televisão entre os partidos e suas coligações referentes às eleições majoritárias e proporcionais. Considerou-se que a declaração de inconstitucionalidade apenas das normas impugnadas, tal como pretendia, alteraria o sistema da Lei, transformando o STF em legislador positivo” (STF,

Adin 1.822 – MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, decisão de 26-6-1998-
acessado em 25-02-2022)

Neste sentido, segundo o autor e o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, na década de 90, não poderá editar leis ou atos normativos primários, atuando como se legislador positivo fosse.

(...) essa é a tese vitoriosa na jurisprudência da Corte. Porém, registra-se um inusitado julgado – que não representa o entendimento prevalecente – no sentido de que o Supremo atuaria como legislador positivo: (STF, AgRg em Agl 211/PI, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJU de 14-8-1998 - acessado em 25-02-2022).

Logo, a Colenda Corte não exercita o poder de impulsão, a ponto de inovar a ordem jurídica pela expedição de atos normativos primários. Neste interim, teoricamente, quando o Supremo Tribunal Federal exerce o controle concentrado, ele atua como legislador negativo.

(...) a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive, a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo (STF, Pleno, Adin 652-55QO/MA, Rel. Min. Celso de Mello, v. u., j. em 2-4-1992, DJ de 2-4-1993, Ementário de jurisprudência n. 1698-3 – acessado em 01-03-2022).

Por conseguinte, a índole do controle abstrato de normas é negativa, pois não é dado à Corte Jurisdicional fazer aquilo que a Constituição outorgou somente ao Poder Legislativo.

(...) a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da suspensão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador (STF, QO na Adin 1.063-8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 27-4-2001, p. 57 – acessado em 27-02-2022).

Fato que pode ser amplamente discutido, atualmente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal tem inserido em suas decisões, através do ativismo judicial - que pode ser conceitualizado como um termo técnico para definir a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferir em decisões de outros Poderes –

entendimentos vinculantes, que só caberiam com exclusividade ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo.

Um exemplo que ilustra esta incerteza quanto aos critérios de atuação a serem exigidos pelo STF é aquele relativo ao HC n.º 126.292, em que prevaleceu a tese, por maioria de sete votos a quatro, da possibilidade de execução provisória da pena após o julgamento pela 2ª instância, afastando-se a exigência de trânsito em julgado. Esta decisão foi alardeada como uma mudança de entendimento da corte que, desde 2009, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, com ressalva para a possibilidade de prisão preventiva. Foi, também, objeto de muitas críticas da comunidade jurídica por flexibilizar a garantia prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Meses depois de proferido o acórdão, o decano Celso de Mello e o presidente da corte Ricardo Lewandowski, ambos vencidos naquele julgamento, proferiram decisões monocráticas contrárias ao entendimento consagrado no referido habeas corpus. No caso de Lewandowski, sua liminar, que tinha sido concedida em plantão, foi revogada de ofício pelo ministro Edson Fachin ao fim do recesso do tribunal, sob o argumento de que era necessário que a corte conferisse estabilidade à sua própria jurisprudência. (FOLLAIN, 2021, p.85 – 86)

Se nem mesmo os ministros entram em concordância com a sua jurisprudência, o que a de se falar sobre os juízes “comuns”? cada um deve agir conforme a sua percepção de moralidade ou deve-se seguir a norma.

Seguir a percepção moral é como se não houvesse lei a ser seguida, trazendo ao ordenamento jurídico diversos entendimentos, vinculados (sumula vinculante), que possuem efeito de lei.

A construção da norma é para o poder competente, do qual, transmite ao ordenamento jurídico os anseios do povo comum, que através de eleições livres permitem que o Congresso Nacional legisle em seu nome.

Mas o que fazer quando indivíduos escolhidos do seio de políticos legislam positivamente? A uma quebra de preceito constitucional. visto que a competência de cada poder está descrita na Carta Magna.

2.5 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A ação direta de inconstitucionalidade, ação de controle concentrado, visa tutelar a ordem constitucional, sendo assim, objetiva por meio da instauração - via de ação -, no Supremo Tribunal Federal, de um processo de fiscalização abstrata.

Por ser um processo objetivo (*in abstracto*) respeita à premissa maior – Constituição Federal -, neste interim, inexistente conflito de interesses, carecendo de solução jurisdicional, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade visa a proteção das normas constitucionais.

Anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apenas o Procurador – Geral da República ostentava a condição de legitimado exclusivo à provocação da jurisdição constitucional da Corte, todavia, a partir da promulgação do atual texto constitucional, a legitimidade para a propositura das ações integrantes do controle concentrado in abstracto se ampliou, vejamos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado (BRASIL, 2022).

Contudo, nem todos os legitimados possuem capacidade postulatória. Segundo o Supremo Tribunal Federal apenas os listados nos incisos “I” a “VII”, da Constituição Federal, possuem capacidade postulatória, sendo assim, estão aptos a ajuizar a ação no Supremo Tribunal Federal, independentemente, de representação de advogado.

(...) além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. (ADI (QO) 127-AL, relatada pelo Min. Celso de Mello – acessado em 19-12-2021)

(...) a legitimidade é um requisito que se afere no momento da proposição da ação, de forma que a perda superveniente de representação parlamentar no Congresso Nacional não desqualifique o partido político para permanecer no polo ativo da relação processual. (ADI 2.618 – AgR- AgR, relatada pelo Min. Gilmar Mendes - acessado em 19-12-2021)

Neste interim, o grupo das entidades legitimadas, excluindo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na petição inicial, deve obrigatoriamente ser subscrita por advogado e ser acompanhada pelo instrumento de mandato, com poderes específicos e no qual conte expressa referência à lei ou ao outro ato normativo, objeto de impugnação.

O parâmetro para a realização da análise de compatibilidade são todas aquelas que constam no documento constitucional, independentemente de seu conteúdo e desde que não revogadas ou, em se tratando das normas constitucionais constantes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), desde que não exaurida sua eficácia.

Seguindo este pressuposto, uma norma constitucional revogada não pode ser parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade, contudo, na ação direta n.º 2.518 – em que enfrentava a alegação de inconstitucionalidade da Lei Estadual n.º 12.398/98 do Paraná -, durante o trâmite da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a norma que vedava o objeto discutido na ação foi alterada por uma Emenda Constitucional Federal, que positivou o objeto da ADI.

Todavia, contrariando o entendimento já estabelecido na Corte, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela prejudicialidade da ação em razão da revogação da norma constitucional parâmetro, determinando que a ação não fosse interrompida e, avaliou a lei estadual em face da norma constitucional já revogada, e não em face da nova redação conferida à constituição federal, por meio de processo legislativo.

Mas o que vale destacar, neste caso em questão, é a perda do objeto da ação, visto que, uma vez que revogada a lei atacada, inexistente incompatibilidade entre normas de diferentes hierarquias. Portanto, eventuais efeitos inconstitucionais a priori a emenda constitucional federal que positivou o parâmetro, devem ser discutidos pelos prejudicados, em ações individuais (*inter partes*).

Visto que, as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), possuem efeito *erga omnes* e efeito retroativo, não cabe ao STF após a perda do objeto tutelar direitos subjetivos. De modo que, “a declaração em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas” (BARROSO, 2018, acessado em 25/01/2022).

(...) A construção deste precedente merece destaque, na medida em que o fundamento coligido para afastar a perda de objeto é a eficácia da tutela jurisdicional. Percebe-se, assim, que, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal aprecia a constitucionalidade de normas revogadas ou de efeitos já

exauridos com o fito de regular as relações jurídicas concretizadas na vigência da lei impugnada. (...) É importante notar que tal raciocínio contraria frontalmente o entendimento clássico de que não se analisa em ADI os efeitos concretos da norma. Mais do que isso, a tutela das relações jurídicas dos destinatários da lei impugnada passa a ser uma preocupação também em ADI, não mais limitada a dizer sobre a permanência ou não da norma no ordenamento (...). (Jorge Octavio Lavocat Galvão e Sophia Guimaraes, 2019)

Por consequência, iniciou-se na corte, o processo chamado de “objetivação do controle difuso” e “subjetivação do controle abstrato”, uma vez que a distinção da conceitualização entre controle difuso e concentrado tem estado em processo de obsolescência.

Prejudicando, assim, a segurança jurídica estabelecida na ordem constitucional, principalmente, no âmbito da jurisdição constitucional, exercida pelo Supremo Tribunal Federal, visto que a aproximação de dois objetos – vias - processuais distintos fere, primordialmente, a Constituição Federal e seu controle jurisdicional.

CAPÍTULO III: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Neste tópico, irá ser discutido os principais objetos que levaram essa pesquisa. Neste sentido, será conceituado o termo ‘a sentença normativa na jurisdição constitucional e o mito do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo’, tendo como parâmetro a jurisdição constitucional: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial, efetuado pela suprema Corte.

3. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em termos iniciais, cabe nos recapitular a importância da jurisdição constitucional, uma vez que é por meio dela que as bases que estruturaram democraticamente o Estado são conservadas, impedindo que o calor dos fatos mude a interpretação constitucional ou procure fugir de sua incidência sempre que os acontecimentos alegarem certa urgência.

(...) é a garantia hodierna de que os ventos da mudança não farão despencar os edifícios que sustentam as bases constitucionais, independentemente das maiorias momentâneas e dos clamores populares (...). (Emerson Ademir, 2018, p .467)

Em contrapartida, temos o ativismo judicial, que no exercício da sua competência, o Poder Judiciário opta por um “modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, ou seja, o Poder Judiciário escolhe ter uma postura mais ativa na interpretação da Constituição (BARROSO, 2012a, p. 25).

Em diversos casos sequer a confronto (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132), mas mera ocupação de espaços vazios. Sendo assim, Barroso (2012b, p. 371 - 372) aponta três condutas que caracterizam a postura ativista:

a) aplicação direta da Constituição não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário [...] b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição [...] c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público [...] Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.

Logo, cabe nos, como cidadãos sujeitos de direitos e deveres, questionar qual o papel desenvolvido contemporaneamente pela jurisdição constitucional e como se

dá o avanço de tal papel na corrente ativista. Visto que, não se sabe, esporadicamente, quais são os limites para a atuação da jurisdição constitucional.

Uma vez que,

(...) não é próprio à jurisdição especial dos juízes e juristas conduzir o povo progressivamente na direção de novos e mais elevados valores. Essa é a tarefa dos cidadãos que podem, após investir muita energia, ter sucesso (ou fracassar) na tarefa de obter o consentimento da maioria dos seus compatriotas (ACKERMAN, 2006, p. 195).

Logo, cada poder deve exercer sua função para que assim haja um equilíbrio na ordem democrática.

3.1 SENTENÇA NORMATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O MITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO

A sentença normativa pode ser conceituada como decisões que são originalmente decididas por órgão colegiado, no caso em questão decidido pelo Supremo Tribunal Federal, resolvendo conflitos submetidos a sua jurisdição. Todavia, hodiernamente, está sendo criado normas gerais e abstratas, com o objetivo de concretizar a Constituição Federal, através de decisões normativas.

(...) o termo “sentença normativa” foi escolhido porque, por meio dele, melhor se compreende o resultado do exercício pelo Supremo Tribunal Federal da função de criar norma geral e abstrata. Com efeito, o termo sentença normativa é auto-explicativo, elucidativo, pois designa justamente seu significado, qual seja, a decisão proferida em sede de controle concentrado abstrato capaz de criar norma geral e abstrata, em que o juiz constitucional da Corte Suprema assume o papel de legislador positivo, tendo como objetivo primordial a garantia dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade estipulados na Constituição. A sentença normativa na jurisdição constitucional é, portanto, o resultado do exercício de uma função que não tem outra finalidade senão efetivar os direitos fundamentais e assegurar o princípio da igualdade no tratamento da pessoa humana (PELICIOLO, 2008, p. 183).

No Brasil o tema tendo sido bastante discutido doutrinariamente, sempre em comparação com o direito comparado, no entanto, o guardião da Constituição tem atuado de forma a negar o fato de se utilizar de tais mecanismos para a resolução de conflitos, dos quais, são impostos a sua jurisdição. Ou, até mesmo se sobrepõe a sua jurisdição.

Partindo desse pressuposto, de o Supremo Tribunal Federal (STF) negar a normatividade de suas decisões, o estudo sobre o tema é dificultado, uma vez que a

negativa teórica de sua atuação como legislador negativo e a prática positivista, tem gerado certa instabilidade jurídica.

Uma vez que o aumento de decisões de aspecto normativo transmite ao cidadão um medo de juízes, do qual decidem através de valores, afastando-se do direito positivo (escrito). “Pois a norma é uma manifestação de poder. Quem produz uma norma exerce um ato de poder” (EROS GRAU, 2021, p.49).

Através desta negativa, legislativa do STF, é gerado uma brecha para a sua atuação como legislador positivo. Do qual, vem sendo criados entendimentos erga omnes. Vejamos a seguinte ementa:

“Carência de Ação. Processo Objetivo. Pedido de Declaração de Inconstitucionalidade. Consequência. Surgimento de Normatização. Uma vez surgindo, como consequência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao crivo da Casa legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica.” (ADI n. 3.459-6/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24.8.05, publicado do DJ de 7.4.06 – acessado em 02-03-2022)

Para alguns escritores, o fato de o Supremo Tribunal Federal proferir decisões normativas é um mecanismo que serve para dinamizar a aplicação da constituição, sendo uma evolução da constituição, através da mutação constitucional. Ora, se o tema pode ser difundido como uma forma de evolução da constituição, o que pode ser dito da rigidez constitucional, quanto a criação e a modificação de leis constitucionais somente por meio de emenda constitucional, por meio do processo legislativo.

Uma vez que um dos fundamentos da rigidez constitucional é a segurança da norma constitucional, quanto ao processo de judicialização política. Para que o texto constitucional se mantenha “puro” das influências políticas, e sejam apenas dinamizadas pela vontade popular, através do Congresso Nacional.

Neste interim, se faz necessário um confronto com a negativa de legislador positivo, exercido pela Suprema Corte, nas decisões proferidas, para que haja limitação na ascensão do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo.

Para que desta forma, se tenha uma transparência na atuação do guardião da Constituição e uma limitação, mais abrangente em sua atuação, uma vez que a separação dos poderes não é suficiente para limitar o papel do STF como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil.

3.1.1 Supremo Tribunal Federal de legislador negativo para legislador positivo

O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil possui fundamentalmente o papel de retirar, de forma jurídica, do texto normativo constitucional ou infraconstitucional que estão contra os preceitos fundamentais regulamentadas pela carta magna.

Seguindo o contexto, a priori, o seu principal papel é a retirada da norma, todavia o Supremo Tribunal Federal, de forma típica vem modificando este preceito, uma vez que pega a norma tida como inconstitucional e por meio de interpretação a modifica e renova.

O Estado de direito fundado na divisão dos Poderes – diz Rüthers [2005^a: 2.759 e 2.760] – transformou-se em um ‘Estado de Juizes’ (Richterstaat). E de tal modo que a incontrolada deslocação de poder do Legislativo para o Judiciário coloca-nos diante de uma pergunta crucial: pode um Estado, pode uma democracia existir sem que os juizes sejam servos da lei? A Lei Fundamental alemã [como a Constituição do Brasil, digo eu] submete-os à lei. Independência e submissão do Executivo e do Judiciário à legalidade são inseparáveis: a independência judicial é vinculada à obediência dos juizes à lei e ao Direito (Gesetz uns Recht), a qual define o artigo 20, da Lei Fundamental alemã. (EROS GRAU, p. 141)

Com a Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário, ou órgãos caracterizados como tribunais constitucionais, passaram a verificar a conformidade dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo com a Constituição, exercendo um papel mais ativo ao assegurar a supremacia constitucional.

Ora, se o STF se compara a um legislador, mesmo que negativo, nas pegadas de Hans Kelsen, como explicar que a decisão que declara a inconstitucionalidade em ADIN apresente efeitos ex tunc, ou seja, retroativos? Se fosse um legislador negativo, o Supremo Tribunal Federal deveria entender que, enquanto legislador negativo, sua função seria a de revogar normas consideradas inconstitucionais, ou seja, considerar que a norma inconstitucional gerou efeitos até a declaração de inconstitucionalidade do STF e, portanto, a decisão deveria ter efeitos ex nunc, ou seja, prospectivos, para o futuro. Se, corretamente, o STF entende que a decisão também retroage em controle concentrado, por que continuar a falar em legislador negativo? Existe uma contradição muito grave do STF nessa questão que precisa ser resolvida, inclusive porque, como bem demonstra Rui Medeiros, quando o Tribunal Constitucional declara uma norma inconstitucional ele não age como legislador nem positivo nem negativo. A declaração de inconstitucionalidade significa a aplicação do Direito Constitucional em detrimento do direito infraconstitucional. Portanto, é atividade de aplicação do direito e não de legislação. (Rui Medeiros, 1999)

Todavia, analisando a citação a priori é perceptível que a ideia do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo em controle concentrado de

constitucionalidade é lúdica, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade não abre brecha nem para legislador positivo, tampouco para legislador negativo.

Neste interim, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal deixou a premissa de agente neutro, e começou a adotar uma perspectiva de legislador positivo, através de sentenças intermediárias, do qual transformou o guardião da constituição em um poder constituinte originário.

As sentenças ou decisões intermediárias são assim denominadas, porque os Tribunais responsáveis pela guarda da Constituição passam a tomar decisões não necessariamente baseadas no binômio constitucional/inconstitucional. Há aqui uma decisão que pode ficar a meio caminho, possibilitando-se ao Tribunal “transigir” com a supremacia constitucional. (OMMATI, 2016, p. 59 – 60)

De acordo com Meyer (2008), na doutrina encontra-se um discurso confuso, acerca do tema, uma vez que ora os juristas tentam distinguir diferenças entre os institutos, das decisões normativas, que compõem o gênero, ora buscam mescla-los de modo desarrazoado.

Buscando diminuir tal confusão Bernardo Gonçalves (2015) classificou as decisões ou sentenças intermediárias da seguinte forma: decisões ou sentenças normativas, sendo aquelas que levam à criação de uma norma geral (abstrata) e vinculante, que, por sua vez, é dividida em decisões (ou sentenças) interpretativas ou de interpretação conforme à Constituição.

Neste interim, tais decisões, conhecidas como uma técnica de interpretação conforme à Constituição, possuem o objetivo de fixar uma interpretação pelo Tribunal que seja tida como compatível com a Constituição, resultando na recusa da declaração de inconstitucionalidade da norma inconstitucional.

Todavia, não são apenas estas as técnicas utilizadas para a negativa da declaração de inconstitucionalidade, ainda se tem a declaração de inconstitucionalidade (nulidade) parcial sem redução de texto, do qual se delimita a aplicação inconstitucional, determinando assim quais casos a norma seria inconstitucional.

Como também as sentenças aditivas, que se caracterizam por buscarem alcançar situações possivelmente postas de lado pelo legislador ordinário, de modo que alargam a incidência de uma disposição legislativa (Bernardo Gonçalves, 2015).

Nas sentenças transitivas, busca-se uma relativização do binômio constitucional/inconstitucional, negociando-se com a supremacia da Constituição.

Essa técnica foi reconhecida pela Lei n.º 9.868/99 e pela Lei n.º 9.882/99. Da qual, possibilita a que mesmo com a declaração de inconstitucionalidade da norma, tal norma pode ser mantida por algum tempo ainda no ordenamento jurídico, gerando efeitos, seja por razões de excepcional interesse social ou para salvaguardar a segurança jurídica.

Insta salientar, que o legislador brasileiro somente introduziu ao ordenamento jurídico a interpretação conforme à Constituição (artigo 28 da Lei n.º 9.868/99) e a sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida (artigo 27, da Lei 9.868/99 e artigo 11 da Lei 9.882/99).

Contudo, a possibilidade de sentenças transacionais (sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida) no controle de constitucionalidade brasileiro é também questionável por outros motivos, pois agora o STF passa a ser não mais legislador negativo, mas também positivo (OMMATTI, 2016, p. 64).

(...) embora o ordenamento jurídico brasileiro não tenha previsto a modalidade de sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, já tivemos situações que, ao que parece, o STF tenha feito uso dessa técnica. De acordo com ela, há o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, porém essa norma não é retirada do ordenamento jurídico, com a justificativa de que sua ausência geraria mais danos do que a presença da lei inconstitucional. Se na sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida, a norma considerada inconstitucional mantém-se por algum tempo no ordenamento jurídico e, depois disso, é retirada, já que o Tribunal pode marcar um prazo no qual a norma ainda é constitucional e, depois disso, se torna inconstitucional, na sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, declara-se a inconstitucionalidade, mas a norma continua a gerar efeitos no ordenamento jurídico até que o legislador resolva retirá-la do ordenamento, seja revogando-a pura e simplesmente ou modificando a regulamentação da matéria. Normalmente, a justificativa para a utilização da sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo é de ordem político-pragmática: a decisão visaria impor ônus orçamentário menor ao Estado e à sociedade. Casos que parecem ter utilizado tal técnica são as ADI's 737-8/DF, julgada em 1993 e 1.442-1/DF, julgada em 2004 (acessada em 26-10-2021).

Portanto, tais técnicas interferem de forma direta na competência do Poder Legislativo. Gerando dessa, forma diversas interpretações possibilitando a positivação normativa das decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal.

3.1.1.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132

Uma das ações que possui capacidade de realizar a verificação da Constitucionalidade das Leis e Normas em face da Constituição Federal, por meio do controle concentrado, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A ADPF não cabe para evitar ou reparar lesão a qualquer preceito constitucional, mas tão somente a preceito fundamental. A lei não diz quais são os preceitos fundamentais, deixando a tarefa para a doutrina. Podem ser compreendidos como fundamentais, dentre outros, os preceitos relativos às seguintes matérias constitucionais: a) os princípios fundamentais (Arts. 1º a 4º). (FACHIN, 2013, p. 176P)

A ADPF n.º 132, se trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, da qual pedia o reconhecimento de que o regime das uniões estáveis também deveria ser aplicado nas uniões homoafetivas. Sem discordar do mérito e da importância da decisão, que protegeu o direito do cidadão, cabe nos discutir o tema acerca da tese que o Supremo Tribunal Federal (STF) formalizou o entendimento jurisprudencial, da qual, reprimiu ostensivamente o poder do congresso legislar sobre o tema.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 2022)

(...)

Seguindo a teoria Kelsiana a decisão, com efeito de norma positiva proferida pelo STF, que acrescenta o reconhecimento de união estável para pessoas do mesmo sexo, por possuir fundamento constitucional, somente poderia existir através de emenda constitucional.

Visto que já possui norma que regulamenta em parte a tese, de união estável, todavia não era estendida a parte da comunidade homossexual. Sendo assim, partindo do pressuposto constitucional tal entendimento é regado a inconstitucionalidade, uma vez, que o STF, não possui competência legislativa para criar norma, mas sim para retirar norma inconstitucional, quando em desconformidade com o texto constitucional.

Neste interim, de forma clara, o Supremo Tribunal Federal vem atuando de forma ativista, visto que está atuando de forma extensiva e proativa, interferindo em

decisões de outros poderes, como no caso está interferindo na esfera do poder legislativo.

(...) este tipo de abordagem coincide, em parte com o que Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) classificou como a dimensão do ativismo relativa à auto expansão da jurisdição e dos poderes decisórios, através da qual o tribunal interpreta regras procedimentais de forma a ampliar o alcance de seu poder. (FOLAIN, 2021, p. 88 - 89)

Ademais, mesmo que o entendimento jurisprudencial foi criado para proteger direito fundamental, de que todo ser humano é passível de direitos e deveres, a forma da qual foi realizada não está correta, visto que a estrutura do Estado democrático de direito não permite tal entranhamento na competência típica de outros poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

(...) uma das hipóteses a ser levantadas é de que um dos principais problemas na avaliação das decisões do STF (se expressam ativismo, se foram proferidas fora das competências estabelecidas constitucionalmente para aquele órgão, se legítimas ou não, dentre outros aspectos) passa por uma dificuldade de identificar e pesar, na crítica, estes níveis diversos da sua atuação. Uma decisão que, em seu conteúdo, protege minorias estigmatizadas pode, por exemplo, ser proferida estabelecendo regras e princípios amplos que dirigirão casos futuros, deixando pouco espaço para legislação a ser produzida sobre o assunto (...) (FOLAIN. 2019, p. 89).

Sendo assim, após a arguição de descumprimento de preceito fundamental ter sido reconhecido como descumprimento de preceito fundamental, a decisão deveria ter sido enviada para o Congresso Nacional, para que assim pudesse ser criada uma emenda constitucional que se adequasse a demanda da população.

Portanto, não julgando o mérito da decisão, mas sim a forma que foi constituída, tal entendimento se encontra imerso em inconstitucionalidade e requer positivação legislativa por meio de processo legislativo.

3.1.1.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, da qual se trata sobre o aborto de fetos anencefálicos, utilizou-se como argumento a mitigação de direitos fundamentais como o direito à vida e o direito a integridade física combinados com o princípio da dignidade humana, agiu na qualidade legislador positivo, visto que o “Congresso Nacional – como intérprete último da vontade soberana do povo” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 06).

O qual, representa o povo na criação da lei, visando o interesse da coletividade em geral não apenas uma classe de indivíduos, fato que ocorreu na ADPF n.º 54, visto que quem ingressou com a arguição foi a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil, e não as inúmeras mulheres brasileiras.

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno. (LEWANDOWSKI, 2012)

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal não possuía a legitimidade para agir como legislador positivo na concretização dos direitos fundamentais, agindo no caso concreto em comento de forma ativista, visto que se sobrepôs a sua atuação o interferir na legitimidade de outro Poder, uma vez que já se possuía no ordenamento jurídico lei que regulamentasse sobre o tema.

Vejamos o que o código penal diz sobre o tema:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)
Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (CÓDIGO PENAL, 2022)

(...)

Cabe questionar, ainda, sobre o argumento utilizado “princípio”, princípio não é norma, princípio é a fonte da qual se utiliza quando não se possui norma e um direito está sendo questionado ou indeferido, por oportuno, princípio não pode ser utilizado como pressuposto de criação de entendimento ou norma, da qual já possui lei formal.

Por conseguinte, cabe destacar o questionamento feito pelo Ex-ministro Eros Grau (2021, p. 23) “princípio é norma? Passamos a matraquear a afirmação de que é mais grave violar um princípio do que violar uma norma, sem nos darmos conta de que, sendo assim, princípio não é norma”.

Seguindo este pressuposto ideológico, pode-se justificar o do porquê da maioria das decisões normativas do STF estão sendo baseadas nos princípios, se esquivando assim da norma legal e se aproximando de uma nova modalidade de antijuridicidade.

(...) o juiz não pode criar normas gerais, mas cria direito ao criar normas individualizadas. O juiz não legisla nem suplementa a lei, mas, dentro do espaço sinalizado pela lei, autodetermina-se eis aí a interpretação (..) (EROS GRAU, 2021, p. 29)

Seguindo este entendimento, o juiz deve aplicar a lei, uma vez que a lei é apenas o critério dado ao juiz para regular e resolver o caso que é apresentado por meio de ação judicial, uma vez que o juiz não cria norma, mas sim a interpreta.

3.2 OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

A ação direta de inconstitucionalidade, mas conhecida como ADIN, advém do controle concentrado de constitucionalidade, do qual, é promovida por meio de ação judicial, e está prevista nos artigos 102, inciso I, e 103, da Constituição Federal de 1988.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

- I - o Presidente da República;
 - II - a Mesa do Senado Federal;
 - III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 - IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal.
 - V o Governador de Estado ou do Distrito Federal.
 - VI - o Procurador-Geral da República;
 - VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 - VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 - IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
- (BRASIL, 2022)

(...)

O objeto da ação é a demonstração da incompatibilidade de lei ou ato normativo com o sistema, neste interim, por conseguinte o seu objeto é invalidar e retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo que está em desconformidade pelo Poder Judiciário.

Por ser uma ação de controle abstrato, portanto não possui partes (teoricamente) possui efeito erga omnes, neste sentido suas decisões possuem efeito geral e por conseguinte devem estar em consonância com a Constituição Federal vigente, para não gerar nulidade.

Todavia, nos últimos tempos, como explicitado nos tópicos anteriores, o Supremo Tribunal Federal tem agido de forma a relativizar os efeitos da inconstitucionalidade da norma, através do ativismo judicial.

Preocupa-me sobremaneira o rumo das relações institucionais da justiça eleitoral. Nós acabamos sendo instrumentos e até vítimas dessa situação, mas principalmente as instâncias superiores de e do poder. (...) Os poderes harmônicos e independentes são apenas filosóficos e retóricos e o Estado segue o rumo tortuoso de um rio caudaloso. (...) e uns acusam, e outros negam ou silenciam envolvidos em ativismo judicial ou omissão. Da obra “Sereis como deuses – o STF e a subversão da justiça” de Claudia Rodrigues de Moraes Piovesan, organizadora, cito parte de autoria de Marcelo Rocha Monteiro, denominado “Mais do que Reis”. “Você certamente já ouviu falar em ativismo judicial, mas você sabe do que se trata e dos efeitos gravíssimos que pode ter esse fenômeno? Juízes não tem como função criar leis nem políticas públicas, muito menos administrar a economia, a saúde, a educação e a segurança pública. Fazer leis, poder legislativo, e administrar, poder executivo, são funções de autoridades eleitas pelo povo, o povo escolhe vereadores, deputados e senadores, prefeitos, governadores e presidentes. Se não ficar satisfeito com os resultados, o povo os destitui na eleição seguinte. Juízes não são eleitos. Quando eles usurpam as funções das autoridades eleitas, estão na verdade fraudando a democracia representativa e o voto popular. Mas os juízes e tribunais ativistas não estão nem aí para o voto da maioria da população. Aliás, eles gostam de ser “contramajoritários”, outro discurso enganador do ativismo judicial. O tribunal ativista não quer aplicar a lei, e sim impor sua visão de mundo suas convicções ideológicas sobre aborto, drogas, segurança pública, algemas, e até sobre urnas eletrônicas. Se a lei não coincide com essas convicções, pior para a lei. (Desembargador Fernando Carioni. Sessão solene de Posse do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, data de: 10.3.2022 (fonte: YouTube Justiça Eleitoral SC – acessado em 17-03-2022)

O ativismo judicial nas ações que estão sujeitas a jurisdição constitucionais é perigosa, uma vez que permite ao juiz ultrapassar o limite da legalidade e impor suas convicções pessoais em seus julgados, provocando insegurança jurídica na sociedade leiga e acadêmica.

Os efeitos dessas decisões abrem espaço a diversas interpretações, gerando instabilidade em entendimentos jurisprudências, visto que cada juiz possui uma convicção moral diferente.

Insta salientar, que a tríplice do pressuposto processual objetivo é deixado de lado, uma vez que para ser qualificado como parte o juiz deve obter, competência, jurisdição e ser imparcial.

Segundo o Ex-ministro Eros Grau (2021, p. 49) “quem produz norma exerce um poder (...) a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na aplicação.” Neste interim, o juiz no possui competência para criar lei, mas sim para interpreta-la.

3.2.1. Ascensão do Supremo Tribunal Federal e os limites do Poder

O Supremo Tribunal Federal através do ativismo judicial tem atuado de forma a sobrepor os limites da sua jurisdição constitucional. tal fato é perigoso, visto que juízes para “garantir” a efetividade de políticas públicas, fato que não é de sua competência, impõe convicções pessoais em seus julgados.

Um vez que a separação dos poderes, no Estado Democrático de Direito é uma forma de impedir a hiperpotencialização de qualquer um dos três poderes, e o sistema de freios e contrapesos é o método que impede a sobreposição de um poder sobre o outro.

(...) a postura a ser assumida não seja a de combater a judicialização da política, mas a de concentrar esforços em desnudar e aceitar como opções políticas determinadas posições da corte para, a partir daí, abrir o campo para a crítica que demanda uma maior democratização de suas práticas. O caminho, assim, seria jogar mais luz no que há de político em seu modus operandi e menos na natureza dos casos que são levados à apreciação, permitindo identificar e trazer para o centro da discussão os momento em que a forma jurídica é apenas uma aparência vazia, se afastando de um padrão democrático de legitimação. Ao fazê-lo, retiramos o STF de seu lugar hierarquicamente superior, de único detentor do saber técnico-jurídico, para trazê-lo de volta ao mesmo patamar dos demais atores do jogo político institucional, sujeito, assim, como eles, a questionamentos das maus diversas

naturezas sobre sua atuação. Assim como os outros poderes, ele não pode escapar de uma constante demanda por legitimação democrática (FOLAIN, 2017).

Utilizar-se da realização dos direitos fundamentais como justificativa para sobrepor a legitimidade da jurisdição constitucional não é algo que se pode levar em consideração, uma vez que tal fundamento depende empiricamente de juízo de valor, do qual dependera da ótica de cada indivíduo.

Segundo Barroso, 2012, juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com juízos de valor que fórmula.

Seguindo este pressuposto, cabe salientar que juízes são indivíduos, indivíduos que possuem sua moral e visão de mundo, e criar norma geral sem votação, como ocorre no processo legislativo, é uma afronta ao texto constitucional, mesmo em julgados que se utiliza o fundamento principiológico.

Neste interim, se faz necessário a limitação da atuação do STF, visto que através de decisões semeadas de ativismo judicial têm deixado de lado preceito maior, Constituição, e se utilizado o preceito menor, princípios, Kelsen em suas obras já dizia ser perigoso a interpretação de dizer que princípio possui preceito de norma.

CONCLUSÃO

Em primórdio, o presente trabalho teve como objetivo não somente a conceitualização de temas que são abordados no direito brasileiro, mas também abordar as transformações que a norma constitucional tem tido através da mutação constitucional.

Um ponto de bastante enfoque é o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte, da qual, através da jurisdição constitucional possui o papel de guardião do texto Constitucional, que por meio do impulso jurisdicional exerce esse papel. Todavia, as decisões colegiadas, atualmente, que em tese deveria ser in abstracto está sendo absorvida pelo controle difuso, do qual em tese possui partes. Como é o caso das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e 54, da qual é discutido um descumprimento de preceito fundamental e através dessa decisão normatizou entendimento sobre o assunto, mesmo tendo se leis acerca do tema.

Por conseguinte, o presente estudo possibilitou a análise de como o Supremo Tribunal Federal passou de legislador negativo para positivo, mesmo com a sua negativa, sendo possível esclarecer o mito de sua atuação como limitada a legislador negativo. Visto que, em suas decisões com efeito de sentença normativa, enraizada de ativismo judicial, da qual, normatiza decisões por meio de princípios, possui natureza normativa uma vez que, deixa pouco espaço para o poder legislativo legislar sobre os temas abordados nas ações diretas de constitucionalidade, visto que a Corte cria sentenças normativas se baseando em princípios, se distanciado da norma já escrita. Tais mecanismos, de interpretação, gera insegurança jurídica, visto que até mesmo entre os ministros não há uma jurisprudência sólida sobre os temas discutidos.

Partindo desse pressuposto, através do estudo de livros, artigos científicos, jurisprudências e sessões solenes é evidente a atuação do ativismo judicial e por conseguinte seus efeitos no dia a dia do Poder judiciário, do qual está submerso de decisões baseadas em princípios. Por conseguinte, a interpretação segundo o direitos fundamentais é mais importante que a norma constitucional, mediante a ótica de juízes ativistas.

Neste interim, a ascensão do Supremo Tribunal Federal requer limites, e a presente pesquisa demonstra que não basta a tripartição dos poderes, uma vez que a jurisdição constitucional está sobrepondo a legalidade e impondo convicções pessoais e políticas em seus julgados, provocando insegurança na cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Portanto, a interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, ofende a separação dos poderes e por conseguinte o Estado Democrático de Direito, do qual impõe limites de atuação para que não haja uma hiperpotencialização de qualquer dos três poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI n. 3.105-8/DF, rel. p/ acórdão: Min. César Peluso, julgamento em 18.8.04, publicado no DJ de 18.2.05.

ADI 4389 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2018. acessado em 2021.

ADI 1.905/MC, Rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.98, DJ de 05.11.2004, acessado em 22-12-2021

ADI n. 3.459-6/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24.8.05, publicado do DJ de 7.4.06 – acessado em 02-03-2022

ADI (QO) 127-AL, relatada pelo Min. Celso de Mello – acessado em 19-12-2021

ADI 2.618 – AgR- AgR, relatada pelo Min. Gilmar Mendes - acessado em 19-12-2021

ADI 2, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 21/11/1997 – acessado em 12-01-2022

AI (AGR) 145.589-RJ, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, acessado em 16-01-2022

Apud Elcir Castello Branco, in ob. cit., p. 138.

As Constituições brasileiras ao longo da história – parte 1 [2016, 29 de junho] >
<https://politique.org.br/as-constituicoes-brasileiras-ao-longo-da-historia-parte-1/> >
acessado em 26/11/2021

Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 31

A ascensão do STF e os limites do poder: teoria e prática na narrativa constitucional contemporânea / Silvia Follain de Figueiredo Lins. – Rio de Janeiro: Gramma, 2019. p. 83 - 84.

A Sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo / Angela Pelicoli Cristina. – São Paulo: LTr, 2008. p. 106 – 107.

Ativismo Judicial: o que é, histórico e exemplos / Sérgio Merola Martins [Publicado em 26 de agosto de 2019] > <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/> > acessado em 07/01/2022.

A subjetivação do controle abstrato e a perda de objeto em ADI / Jorge Lavocat Galvão e Sophia Guimarães [Publicado em 06 de julho de 2019] > <https://www.conjur.com.br/2019-jul-06/observatorio-constitucional-revogacao-lei-atacada-leva-perda-objeto-adi> > acessado em 10 de fevereiro de 2022.

Barroso, L. R. (2012). *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Brasil: Saraiva.

_____, L. R. (2012). *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Brasil: Saraiva.
Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2009, p. 302 - 303.

Bernardo Gonçalves, op. cit., p. 1237 – 1249

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 187.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 129 - 133

_____, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

_____, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100.

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. Fundamentos... Op. Cit. p. 195

Caso Prohibition del Roy (1607), The case of Proclamations (1611) e Rex v. Hampden (1637), entre outros. (MENAULT, Antonio Carlos Pereira. Lecciones de teoria constitucional, p. 239).

Comentários a Constituição de 1891, vol. 3, Rio de Janeiro.

Constituição Federal Brasileira: comentários / por João Barbalho U.C.; apresentação do Senador Mauro Benevides; introdução de Walter Costa Porto. Imprensa: Brasília, Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992. Descrição Física: 411 p.

Curso de direito constitucional / Uadi Lammêgo Bulos. São Paulo, Saraiva, 2015

Curso de direito constitucional. Paulo Napoleão Nogueira da Silva. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999. pp. 90 - 91.

_____. Paulo Napoleão Nogueira da Silva. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999. p. 85.

_____,. Paulo Napoleão Nogueira da Silva. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999. p. 193.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 217.

Desembargador Fernando Carioni. Sessão solene de Posse do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, data de: 10.3.2022 (fonte: YouTube Justiça Eleitoral SC – acessado em 17-03-2022

Discurso proferido na solenidade de posse da Presidência do STF, em 19.4.2012, pp. 07/08, acessado em 03-01-2022

_____, *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 45

_____, *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 275 - 280.

Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza – 14. Ed. ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 397 - 400.

DIAS, Eduardo Rocha; AS, Fabiano Costa Lima de. *O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição*. Revista de Informação Legislativa RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 165 – 179, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p165

Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836) é o autor do livro *Qu'est-ce que le tiers État?* (O que é o terceiro Estado?), verdadeiro manifesto da Revolução Francesa, onde expõe as reivindicações da burguesia, definindo-a como a nação e, conseqüentemente, titular do poder constituinte.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23.

Guilherme Peña, 2010, p. 172 > acessado em 20-02-2022

HABERLE, Peter. 2011. *Hermenêutica constitucional*. p. 28.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >
acessado em 10 de fevereiro de 2022.

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92840/Marques%20Raphael.pdf?sequence=5&isAllowed=y> / *História semântica de um conceito. A influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido Constituição como Paramount law* > acessado em 13 -01 2022

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > acessado em 11-12-2021;

<https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista/article/download/150/99> >
acessado em 22-04-2022

<https://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31> > acessado em 17-03-2022

https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso_de_Gettysburg > acessado em 22-02-2022

<https://edummsg.jusbrasil.com.br/artigos/317044944/a-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-de-1988-e-os-instrumentos-de-democracia-participativa> > acessado em 22-10-2021

<https://www.conjur.com.br/2010-set-08/adotar-tese-positivista-levar-realidade-injusta> > acessado em 29-09-2021

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/26/aos-30-anos-constituicao-federal-chega-a-100a-emenda> > acessado em 26-03-2022

<https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/96b20c204201ebb770e5a1302ba9717c.pdf> > acessado em 23-03-2022

<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/103/1/TCC%20%20GEILTON%20JOS%C3%89%20DE%20ALMEIDA.pdf> > acessado em 25-03-2022

<https://www.passeidireto.com/arquivo/92029535/fichamento-filosofia-do-direito-hermeneutica-constitucional-a-sociedade-aberta-d>

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp087451.pdf> > acessado em 22-12-2021

https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/separacao_de_poderes_0.pdf > acessado em 22-11-2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm > acessado em 02-03-2022

<https://www.conjur.com.br/2019-jul-06/observatorio-constitucional-revogacao-lei-atacada-leva-perda-objeto-adi> > acessado em 05-02-2021

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1512/1251/4330> > acessado em 22-11-2021

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-MP-RS_n.80.04.pdf > acessado em 25-02-2022

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > acessado em 10-08-2021

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> > acessado em 10-08-2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm > acessado em 15-03-2022

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm > acessado em 18-03-2022

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > acessado em 10-02-2022

Inconstitucionalidade Superveniente / Franciso Sannini Neto [Publicado: 10/2010] > <https://jus.com.br/artigos/17668/inconstitucionalidade-superveniente> > acessado em 06/01/2022

Jurisdição constitucional / Sílvio Martins / Ms. Ciências Jurídico-Filosóficas – Univ. de Coimbra. Ms. Ciências Jurídico-Políticas – Univ. de Lisboa > http://www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/100/public/100-502-1-PB.pdf > acessado em 30/11/2021

Karl Loewenstein, *Teoria de la constitución*, p. 153

KURLAND, Philip B. *The founder's Constitution*, p. 38.

Manual de teoria geral do Estado / José Geraldo Brito Filomeno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 35.

Manual de direito constitucional/Nathalia Masson – 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 63.

_____, Nathalia Masson – 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. pp. 1.438 - 1.439.

_____, /Nathalia Masson – 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. pp. 1.475 - 1.503.

Metodologia Jurídica, Librairie y Editorial Castellví, Santa Fe, Argentina, 1961, pp. 509 – 510.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 378.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo. p. 38.

metodologia Jurídica / Rafael Bielsa. Impreta: Santa Fé; Castellvi, 1961. Descrição física: 680 p.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 172.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. inconstitucionalidade e garantia da Constituição*. Tomo VI. 2. ed. Coimbra Editora, 2005. p. 51.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota*. 3. ed. são Paulo: Saraiva, pp. 25 - 26.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 145.

Paulo Napoleao Nogueira da Silva. *Manual de Direito Constituional*. Editora Forense; 3ª edição (8 fevereiro 2007), p. 85 (p. 193-

Paulo Napoleão Nogueira da Silva. *Curso de direito constitucional*. 2º. ed. ver. Atual. p. 203.

Paulo Napoleão Nogueira da Silva. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, p. 15

Princípio da Democracia. [2013, 01 de outubro]. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-117/principio-da-democracia/> > acessado em 22/11/2021.

Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) / Eros Roberto Grau. – 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 24.

_____, / Eros Roberto Grau. – 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 55.

REBUFFA, Giorgio, *Lafunzioni giudiziaria*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1993. p. 37.

Recl- MC n. 2.986/SE, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática de 11.3.05. informativo do Supremo Tribunal Federal n. 379.

Recl. N.2.56/RN, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 11.9.2003 e publicado no DJ de 30.4.04, acessado em 11-01-2022

ROYO, Javier Pérez, *Curso de derecho constitucional*, p. 151.

SILVA, Vírgilio Afonso. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 112.

Silvia Follain de Figueiredo Lins A ascensão do STF e os limites do poder: Teoria e prática na narrativa constitucional contemporânea. <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/52611/52611.PDF> > acessado em 11-12-2021

STF, ADIn 595-2/ES, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 28-2-2002, acessado em 24-10-2021

STF, ADIn 2.215-MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 17.4.2001 – acessado em 04-01-2022

STF, Adin 1.588/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 11-4-2002, DJ de 17-4-2002, p.09 - acessado em 12-01-2022

STF, RE 198.346-9/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 1, DE 5-12-1997, P. 63919 – acessado em 20-02-2022

STF, Adin 1.822 – MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, decisão de 26-6-1998- acessado em 25-02-2022

STF, AgRg em Agl 211/PI, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJU de 14-8-1998 - acessado em 25-02-2022

STF, Pleno, Adin 652-55QO/MA, Rel. Min. Celso de Mello, v. u., j. em 2-4-1992, DJ de 2-4-1993, Ementário de jurisprudência n. 1698-3 – acessado em 01-03-2022

STF, QO na Adin 1.063-8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 27-4-2001, p. 57 – acessado em 27-02-2022