



A EVOLUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: DE PODER NULO A LEGISLADOR POSITIVO SUPREMO

Maria Claudia Almendra Freitas Veloso¹

Olivia Brandão Melo Campelo²

RESUMO

O poder judiciário e a forma de interpretar o direito mudou radicalmente desde o séc. XVIII. De um poder nulo em Montesquieu, até um judiciário forte como o adotado na Constituição brasileira de 1988, podendo anular atos dos outros poderes e criar normas com efeito *erga omnes*. Constatou-se que a objetividade da lei e as limitações nas atuações dos juízes foram suplantadas nos modelos americanos de revisão judicial, é isso gerou um risco ao exercício harmonioso na tradicional divisão de poderes.

Palavras-chave: Poder judiciário. Poder nulo. Legislador negativo. Legislador positivo. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Judicial power and the way it interprets the law has changed radically since the 18th century. From a null power under Montesquieu, to a strong judiciary such as the one adopted in the Brazilian Constitution of 1988, which can annul acts of the other branches and create norms with *erga omnes* effect. It has been observed that the objectivity of the law and the limitations on the actions of judges have been supplanted in American models of judicial review, and this has generated a risk to the harmonious exercise of the traditional division of powers.

Keywords: Judiciary. Null power. Negative legislator. Positive legislator. Supreme Court.

¹ Advogada. Especialista em Família e Sucessões. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. Membro da Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB/PI; E-mail: mclaudiaf@hotmail.com;

² Doutora em Filosofia do Direito pela PUC/SP, Mestre em Teoria e Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP, Especialista em Direito Constitucional pela Puc/SP, Professora da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI (Brasil), Email: oliviabrandaomelo@hotmail.com.





1 INTRODUÇÃO

A função de julgar conflitos é antiga e consistia essencialmente como um ramo do “executivo”, mas só no séc. XVIII a alteração do *status* do judiciário para um poder autônomo marcou um período mudanças políticas significativas, especialmente a partir da revolução americana e da revolução francesa, que foram influenciadas pelos pensamentos de teóricos como Montesquieu, Rousseau, Sieyès, Blackstone, dentre outros. No século XIX, várias escolas de interpretação surgiram e discutiram se aos juízes cabia alguma criatividade na interpretação das leis, ou se, ao contrário, seriam apenas replicadores da lei. No séc. XX, a discussão sobre a arbitrariedade judicial foi tratada pelos dois maiores nomes no positivismo jurídico, Hart e Kelsen, sendo este responsável por desenvolver não somente o conceito de jurisdição constitucional, mas também o modelo de tribunal constitucional enquanto legislador negativo. O séc. XXI intensificou-se a defesa teórica do judiciário enquanto legislador positivo. Na prática, diversos países, incluindo o Brasil, adotaram constituições com amplo rol de direitos e um Judiciário bastante forte, com muitas prerrogativas de controle dos outros poderes e proteção da constituição, mas que, em contrapartida, não sofre qualquer controle.

Pretende-se no presente trabalho, analisar a evolução do status do judiciário, de um não poder, um poder nulo e invisível, até um poder forte, capaz de controlar os atos dos outros poderes, enquanto legislador negativo, e de compreender a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, enquanto legislador positivo. A realização do trabalho se justifica pela atualidade da discussão sobre a legitimidade da atuação do judiciário frente aos demais poderes, em especial a Corte Suprema brasileira, que tem sofrido críticas severas, não apenas de estudiosos, mas da população, capitaneadas pelo atual presidente da República do Brasil.

Trata-se de uma revisão bibliográfica, construída a partir das leituras realizadas e dos fichamentos apresentados na disciplina Direito, Filosofia e História da Constituição Moderna, ministrada pela Dra. Deborah Dettman Matos, tendo como marco teórico os trabalhos de Montesquieu e Ingeborg Maus. O presente artigo se organiza em dois tópicos. No primeiro, discute-se a transição do judiciário de poder nulo ou não poder, como defendido por Montesquieu, até um poder forte, e porque não dizer supremo, na forma adotada pelos federalistas americanos. No segundo item, trata-se das mudanças ocorridas no séc. XX no



tocante à arbitrariedade judicial, a noção de legislador negativo de Kelsen, a defesa do judiciário como legislador positivo e o empoderamento do judiciário brasileiro desde 1988.

2 A EVOLUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: DE PODER NULO A LEGISLADOR NEGATIVO

A visão de Montesquieu sobre o judiciário foi uma inovação para a época, segundo Vile (1998, p. 96), por tratar paritariamente desse poder, em relação aos demais poderes, e por ter separado os juízes da parte aristocrática, composta pelos nobres no sistema britânico, que é o modelo paradigma do filósofo, colocando esse poder nos “tribunais ordinários”. Na visão de Montesquieu (2000), esses tribunais atuariam por tempo limitado no ano, seriam compostos por juízes extraídos do povo, que julgariam seus pares, ou seja, não há aqui o que conhecemos por princípio do juiz natural, pois Montesquieu defende que haja uma identificação entre julgador e o réu. Inclusive, defende que os nobres só poderiam ser julgados por nobres, no entanto, esses mesmos nobres poderiam julgar causas dos comuns, enquanto tribunais de apelação. Por fim, estariam adstritos ao conteúdo da lei, ou seja, não poderiam exercer a discricionariedade que foi defendida por Kelsen e Hart séculos depois.

2.1 O poder judiciário enquanto poder nulo: a visão de Montesquieu e a atualidade do critério de aplicação objetiva da lei

Para Montesquieu (2000), o poder legislativo representa a vontade geral do Estado e o poder executivo a execução dessa vontade geral. Esses dois poderes são exercidos de maneira abstrata, sobre uma universalidade de cidadãos. Logo, não estão a serviço de uma vontade particular, mas, sim, a serviço da lei. Por outro lado, no que diz respeito ao poder de julgar, o cidadão está sujeito a uma vontade particular. Portanto, quando uma ilegalidade é praticada de maneira geral, a inquietação se dissolve na multidão. Porém, quando uma arbitrariedade é praticada num caso concreto, a injustiça é direta.

Vejam qual pode ser a situação de um cidadão nestas repúblicas. O mesmo corpo de magistratura possui, como executor das leis, todo o poder que se atribuiu como legislador. Pode arrasar o Estado com suas vontades gerais e, como também possui o poder de julgar, pode destruir cada cidadão com suas vontades particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).



Em conformidade com essa concepção, teme-se a função pública de julgar (a magistratura) e não a pessoa do juiz (o magistrado). Por isso, a proposta de Montesquieu (2000) é anular o poder judiciário. Primeiro, por meio de sua vinculação na aplicação da lei. Segundo, pela forma de organização do judiciário, enquanto um corpo não permanente, formado por juízes não profissionais. Cabe ao julgador apenas declarar o que está na lei, pois quando ele começa a se movimentar, isso pode ser sinal de arbítrio. Os cidadãos possam a correr o risco de serem julgados por uma vontade particular de forma tirânica. Isso porque, se um juiz criar a lei corre-se o risco de, no momento do julgamento, ser aplicada outra lei, pois a primeira lei foi criada pelo julgador e também é ele que poderá modificá-la, para melhor ou para pior. Com isso, poderá ocorrer um julgamento diferente daquele que havia sido proposto.

Montesquieu (2000) propõe a separação dessa função da capacidade de criar a lei, da incumbência de executar a lei, sob pena de um juízo arbitrário. Contudo, o autor sugere a criação de um mecanismo em que o poder legislativo fiscalize o poder executivo e este supervisione o poder judiciário, para frear leis e julgamentos injustos. Então, além da separação de poderes, este autor liberal vai tentar criar outro mecanismo de contenção. Assim, o poder legislativo deve criar a lei, mas não deve executar e o poder judiciário deve julgar, mas não deve criar a lei. E, de qualquer forma, o poder judiciário não exerceria qualquer faculdade de impedir os outros dois poderes, ou seja, não teria poder algum para barrar atos do legislativo e atos do executivo. E essa é uma terceira forma de se anular o judiciário. Enquanto o legislador pode arrasar o Estado com a vontade geral, o julgador pode arrasar cada cidadão de forma específica. Porém, o juiz deve aplicar a lei como ela é, não deve nem abrandar, nem agravar essa situação. O poder legislativo, por sua vez, pode abrandar a lei a depender do caso concreto.

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, um tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela (MONTESQUIEU, 2000, p. 175).

Sobre o judiciário nulo de Montesquieu, Vile (1998) explica de forma sucinta que:

The judiciary, however, “so terrible to mankind,” should not be annexed to any particular class (état) or profession, and so becomes, in some sense, no social force at



all - “en quelque façon nulle” - representing everyone and no one. The judiciary, therefore, is to be wholly independent of the clash of interests in the State, and this emphasis upon judicial independence is extremely important for the development of the doctrine³ (VILE, 1998, p. 97).

Rafael Serrano (1989, p. 156-157), por sua vez, explica que a visão de Montesquieu sobre juízes foi mal interpretada, pois não diz respeito a uma prescrição de mera aplicação automática da lei sem possibilidade de interpretação pelos juízes. Na verdade, essa foi a forma encontrada por Montesquieu de separar de fato o judiciário dos outros poderes, mantendo-o fora do jogo político de forças entre legislativo e executivo, pois o judiciário “carece de iniciativa para empreender um processo e não tem capacidade para executar suas decisões”.

Serrano (1989, p. 164-165) defende que a visão de limitação do juiz à aplicação da lei não é ingênua ou ignorante e continua significativa até a atualidade, pois Montesquieu tem a intenção de neutralizar esse poder para “evitar o risco de uma instrumentalização da Justiça a favor de qualquer orientação particular”, uma vez que “a independência da administração da justiça não preenche outra justificativa senão a da objetividade da aplicação da lei”, e o cerne dessa independência “reside na separação da função de aplicação da lei da função de elaboração e aplicação da política”. Para Serrano, essa objetividade da aplicação da lei garante a proteção da segurança jurídica, uma vez que a elaboração e a aplicação da lei são funções do Legislativo e do Executivo exercidas dentro desse jogo político que o judiciário não deve participar e que levam em consideração as faculdades de estatuir e impedir propostas por Montesquieu.

Nesta mesma linha, Maus (2010, p. 196-200) considera que a ideia fundamental de Montesquieu tem um ponto importante e considerado surpreendentemente moderno. Busca-se por uma autolimitação do poder político, como forma de reprimir arbitrariedades e abusos, pois o poder deve limitar o poder. Assim, segundo esse princípio, “não se deve confiar nas boas intenções dos agentes, pois esse arranjo, contém em si mesmo, as limitações do agir destes”. Foi com o afastamento da objetividade na aplicação da lei que os regimes totalitários se instauraram no período entre guerras na primeira metade do séc. XX. A objetividade na aplicação da lei pelos juízes, a composição dos tribunais e a capacidade de interferência do judiciário nos outros poderes foram desafiadas ainda no séc. XVIII e ao longo das décadas

³ Em tradução livre: O judiciário, no entanto, “tão terrível para a humanidade”, não deve ser anexado a nenhuma classe (Estado) ou profissão particular, e assim se torna, em certo sentido, nenhuma força social – “de qualquer forma nula” - representando todos e ninguém. O Judiciário, portanto, deve ser totalmente independente do conflito de interesses do Estado, e essa ênfase na independência judicial é extremamente importante para o desenvolvimento da doutrina.



seguintes até culminar com o surgimento da revisão judicial, além das teorias defensoras da utilização de critérios morais no julgamento e a concessão de discricionariedade ao juiz na aplicação da lei.

2.2 O judiciário enquanto poder forte: a inovação do judiciário da revolução americana

A revolução americana iniciada em 1776 marca um período de mudanças políticas que influenciariam o mundo nos séculos seguintes e que inovou na criação da revisão judicial. Apesar da grande influência de Montesquieu sobre os países fundadores, a visão do filósofo acerca do poder judiciário foi deturpada pelos federalistas, e o medo da tirania da maioria legislativa fez com que os federalistas apoiassem um mecanismo duplo de controle legislativo: o veto presidencial e o “veto judicial”, consistente no mecanismo de revisão judicial. A visão sobre a relação Executivo-Legislativo no modelo americano é até similar à proposta montesquiana, mas o mesmo não se pode afirmar em relação ao judiciário, passou de um poder nulo a um poder forte, e as características dos tribunais propostas por Montesquieu foram totalmente modificadas (MATOS, 2017; MAUS, 2010).

Para Serrano (1989, p. 136-138), essa diferença demonstra que o judiciário de Montesquieu se refere a um poder nulo, ou um não poder, enquanto o judiciário dos federalistas foi alçado à condição de “um poder autêntico” e com isso a organização do Estado se articula a partir da relação entre três ‘poderes’ do Estado”, e também da supremacia da constituição. Serrano entende que o modelo americano estabelece “uma paridade jurídica entre os órgãos e uma interdependência política entre os poderes do Estado” e que disso resulta em “igualdade de hierarquia entre os órgãos” e, por conseguinte, na exclusão de primazia entre eles. Porém, esse autor considera que “o objetivo final desse mecanismo é neutralizar o poder da maioria parlamentar”. Em contrapartida, Matos (2017, p. 91) afirma que a proposta de equilíbrio federalista não consiste em uma teoria de igualdade entre os poderes, “já que o veto absoluto daqueles que integravam o poder legislativo, isto é, o poder de impedir dos juízes, se sobrepunha ao poder de dispor do Congresso”.

O judiciário federalista caracterizava-se, portanto, por ser formado por um corpo permanente de juízes, que seriam juízes de carreira (ou profissionais), que não poderiam ser removidos do local de atuação, e cuja atuação abrangeria o jogo político até outrora restrito: os juízes tinham o poder de declarar nulo os atos dos outros poderes que não estivessem em



conformidade com a constituição, da qual eram os intérpretes, e que prevaleceriam em relação às demais normas jurídicas. Para os federalistas, o judiciário seria o poder mais fraco, que não teria mecanismos de atacar os outros poderes ou ameaçar a liberdade geral. Além disso, Hamilton, Madison e Jay, no federalista nº 78, consideravam razoável supor que a constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições, de forma que caberia ao judiciário não apenas proteger a constituição, com também os direitos individuais de disposições “maléficas” (HAMILTON, MADISON E JAY, 1984).

Quanto à aplicação da lei pelo juiz federalista, no federalista nº 78, ao tratarem de invalidação de leis contraditórias da mesma autoridade e de autoridades diferentes, Hamilton, Madison e Jay (1984) afirmam que, não havendo cláusula que diga qual das normas deve ser derogada, compete evidentemente aos juízes determinar-lhes o sentido e o efeito. Se é possível conciliar um com outro, a razão e a lei concordam em que se faça: se isso não é possível, é força que se dê efeito a um e que se invalide o outro. E caso não seja possível conciliar as duas normas, o federalista admite a resolução da antinomia por regra não prevista em lei, conforme se extrai do seguinte trecho:

Se é possível conciliar um com outro, a razão e a lei concordam em que se faça: se isso não é possível, é força que se dê efeito a um e que se invalide o outro. A regra, geralmente admitida em tal caso, é preferir o último em data ao primeiro; mas é uma simples regra de interpretação, fundada na natureza das coisas e na razão e não em alguma lei positiva - adotada na interpretação das leis, como conforme à verdade e ao bom senso, mas que não é prescrita por disposição alguma legal (HAMILTON, MADISON E JAY, 1984, p. 460).

Se se trata de norma de mesma autoridade, Hamilton, Madison e Jay (1984) entendem que a antinomia pode ser resolvida pelo critério temporal (a norma mais recente derroga a mais antiga), mas se se trata de normas de autoridade diferente, o critério de solução é que a norma da autoridade superior derroga a norma da autoridade subordinada. E se a contradição é de uma lei ordinária em relação a um dispositivo constitucional, os juízes devem então obedecer à constituição e desprezar “qualquer estatuto que seja contrário ao que ela diz”. Segundo Maus (2010, p. 201), em Montesquieu, “a diferenciação particular da justiça na divisão de poderes tem o sentido exatamente inverso do impedimento de autoabastecimento judiciário com normas jurídicas”. Como visto no item anterior, a lei é o limite para a atuação do modelo de judiciário proposto pelo filósofo francês, enquanto no modelo americano, o limite é a constituição, e a



constituição é o que os juízes interpretam. Dessa forma, a objetividade na aplicação da lei fica prejudicada, e, a partir disso, Maus (2010, p. 202) conclui que “a sujeição montesquiana da justiça à lei é invertida na sujeição do legislativo à justiça”.

O modelo de judiciário americano suscitou e suscita debates até agora, especialmente no que toca à revisão judicial, tendo sido rejeitada pelos revolucionários franceses, encontrou campo fértil em outras nações. De igual forma, a discussão sobre a forma de interpretação feita pelos juízes culminou em diversos posicionamentos e escolas de pensamento, que defendiam desde a simples subsunção da lei ao caso concreto até a defesa do subjetivismo e arbítrio do juiz para alcançar o direito, até culminar nas discussões sobre discricionariedade, regras e princípios que dominou o séc. XX.

3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO LEGISLADOR NEGATIVO E POSITIVO A PARTIR DAS MUDANÇAS POLÍTICAS DO SÉC. XX

No séc. XIX, surgiram diferentes escolas de pensamento dentro do positivismo jurídico que divergiam quanto ao conceder ao juiz um papel criativo na interpretação do direito. Dentre essas escolas, Paes (2018) destaca: a) a escola da exegese, marcada por um juiz neutro, adstrito à letra da lei, que não poderia exercer criatividade no julgamento, pois o sistema jurídico seria completo, sem antinomias ou lacunas; b) a escola histórica de Savigny, que defende um modelo de juiz igualmente neutro, sem função criadora e cujo papel era de apenas executar a lei; e c) a escola teleológica de Ihering, que ligou a função do juiz à perseguição da vontade do legislador e a encontrar a finalidade do direito. Chegando ao século XX, movimentos como o do realismo jurídico, que entendia o direito como produto das decisões judiciais, e que os juízes criavam o direito, como também o movimento do direito livre, que concedia ao juiz a capacidade de criar o direito, evidenciam uma discussão que seria centrada nos escritos de Hans Kelsen e de Herbert Hart acerca da discricionariedade do juiz ao julgar o caso concreto, bem como a discussão da resolução de conflitos entre normas e princípios, uma discussão marcada pelas considerações de Dworkin e Alexy.

3.1 A discricionariedade dos juízes e os tribunais superiores como legisladores negativo e positivo



Kelsen inaugurou com seu positivismo-normativista uma visão para o papel do juiz diferente do que era defendido nas escolas tradicionais do séc. XIX, de forma que, segundo Paes (2019, p. 54-56), “Kelsen refuta o Juspositivismo tradicional ao admitir que a decisão judicial é aplicação do direito e criação do direito”. Kelsen entendia que caberia ao juiz dar sentido à norma e que a decisão resultante seria não apenas um ato de vontade, mas também criação do direito, que não haveria uma única resposta correta e admitia a indeterminação no direito e, por isso, o órgão julgador teria uma margem de discricionariedade. Porém, essa discricionariedade não consistia em livre arbítrio ao juiz julgar como bem entendesse, pois deveria decidir dentro da moldura da norma jurídica geral.

Hart (2001, p. 149) reconhece a indeterminação da linguagem do direito, que se utiliza de normas abstratas que possuem tanto uma zona de penumbra ou de indeterminação que resultam em uma textura aberta da norma, que consiste em “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam de peso, de caso para caso”. Admite a possibilidade de o juiz exercer a discricionariedade e criar o direito, mas apenas nos chamados casos difíceis, uma vez que nos casos fáceis, a norma é que deve ser aplicada.

Acerca dessa evolução da posição do juiz, Perelman (1996) afirma que em todas as legislações modernas, o juiz não poderia permanecer em silêncio sobre qualquer questão submetida a seu julgamento, possuindo um papel ativo, a despeito de se afirmar a lei como única fonte do direito e se limitar a interpretação da lei à subsunção. De forma que, quanto maior generalidade da lei, marcada pelo uso de termos “vagos e imprecisos”, maior será o poder do juiz no momento da interpretação. Porém, para esse autor, isso não poderia incorrer em arbitrariedade da parte do juiz.

Nossos estudos indicaram claramente a evolução que ocorreu na posição do juiz em face da lei desde o início do século XIX. Enquanto a escola da exegese considerava a lei como a única fonte do direito, a evolução da jurisprudência mostrou o que essa concepção tinha, muito amiúde, de ilusório, e mesmo de fictício. O papel ativo do juiz se assinala mormente por ocasião das antinomias e das lacunas em direito. Mas o juiz não pode estatuir de um modo arbitrário, pois deve motivar suas sentenças e arrestos: a lógica jurídica deve permitir-lhe fecundar a lei, em conformidade com o espírito do direito, extrair novas premissas a partir dos textos existentes (PERELMAN, 1996, p. 620).



Para Dworkin, o exercício dessa discricionariedade pelo juiz consiste no exercício de arbítrio, considerando como papel dos juízes o chegar à única resposta correta que seria extraída do ordenamento jurídico, constituindo um sistema de regras e princípios, que seria um todo coerente, de forma que o juiz não precisaria criar uma norma, pois ela já estaria a sua disposição. Com base em Dworkin, a diferença entre princípios legais e normas legais repercute uma distinção lógica. As normas são aplicáveis por meio de operações lógicas – pode haver exceções, mas se o fizer terá aplicação imprecisa e incompleta. Já os princípios traduzem critérios que podem ser levados em conta, inclinando-se para um ou outro sentido para resolver casos difíceis. Eles têm uma dimensão que está faltando nas regras: o peso ou importância. Dworkin (2010, p. 35-36) define princípio como “um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

O uso dos princípios fundamenta a ideia dworkniana de direito como integridade, na qual, mesmo havendo desacordos, o sistema é coerente e produzirá uma resposta correta para os casos difíceis. Além do mais, os princípios são extraídos indiretamente do conjunto de regras. Princípios estes que raramente estão impressos em fórmulas, mas impõe deveres que devem ser obedecidos. Além disso, eles darão a solução que falta para resolver o caso quando as regras forem insuficientes (DWORKIN, 2010; MATOS, 2006).

Apesar se diferenciar do posicionamento tradicional quanto a não aceitar o uso da discricionariedade no julgamento, e defender uma “tese racionalista e ao mesmo tempo antipositivista”, de acordo com Matos (2006, p. 21), Dworkin não tem reservas em relacionar direito e moral, algo que não é aceitável entre os positivistas como Kelsen. Perelman (1996, p. 462 e 534) igualmente compreende que é inevitável que os julgadores se utilizem de juízos de valor, e que o excesso de subjetividade pode ser evitado pela “colegialidade dos tribunais, que contribui para eliminar modos de ver por demais afastados da opinião comum” e esses juízos de valor não chocarão tanto se forem “largamente compartilhados”.

A inclusão do elemento moral no julgamento é objeto de críticas, dentre elas importa destacar a de Jeremy Waldron (1999, p. 187), que entende que não há justificativa para a utilização de critérios morais em um julgamento, tanto porque torna o julgamento arbitrário (algo que Dworkin quis evitar ao criticar a discricionariedade), uma vez que não se sabe os



critérios de julgamento com antecedência, tanto porque os juízes não podem ser considerados os detentores da melhor moral em relação à sociedade.

Maus (2010, p. 19) igualmente entende perigosa a utilização da moral no julgamento dos juízes por que “retira dos mecanismos sociais de controle aos quais todos os aparelhos estatais numa organização política democrática deveriam estar submetidos”. Além disso, a autora entende que foi justamente essa falta de objetividade legislativa no julgamento com a utilização de valores extraídos de normas suprapositivas que deu suporte ao regime nazista:

No nacional-socialismo, a justiça foi sincronizada com o modo de pensar nazista por meio das mesmas cláusulas gerais e métodos jurídicos com cuja ajuda ela ampliara seu poder antes de 1933, às custas do legislador democrático. Como se sabe, o sistema nazista não produziu, salvo uma exceção, codificações legais, e sim causou adaptação de todo o direito tradicional da República de Weimar às novas necessidades nazistas por meio da introdução de cláusulas gerais adicionadas nas matérias jurídicas existentes e por intermédio da obrigação dos juízes com a aplicação intensificada de métodos que dissolvem a lei. A transformação de “juiz régio” em auxiliares de execução das instâncias nazistas foi causada com a ajuda da conhecida instrumentária unicamente pelo fato de que as ações diretas judiciais sobre normas suprapositivas “superiores” eram agora dirigidas pela fixação política dos conteúdos dessas normas, ou seja, pelo “sistema de valores nacional-socialista” (MAUS, 2010, p. 219).

O papel do poder judiciário, para Kelsen, era criar normas jurídicas que se enquadrassem dentro da moldura legal. Então, a lei prescrevia algo que precisava ser materializado no caso concreto, e aí o poder judiciário deveria agir concretizando aquela norma, a partir de uma moldura legal. Levando essa questão ao nível do julgamento pelo tribunal constitucional, que foi idealizado pelo próprio Kelsen no intuito de exercer a função de legislador negativo, suprimindo do ordenamento austríaco as leis contrárias à constituição no intuito de manter a supremacia constitucional, com a utilização de valores e princípios muito abstratos corre-se o risco de um tribunal constitucional não servir para tutelar as normas jurídicas, mas que ao contrário, passe a ser protagonista agindo como legislador positivo.

A politização do tribunal constitucional com prerrogativa de poder judicial era uma das preocupações comuns entre Kelsen e Carl Schmitt, pois tal situação “implicaria uma politização ruínosa ao Estado de Direito e ao poder judiciário” ao assumir “uma função de natureza formalmente legislativa, concorrendo e conflitando com o Parlamento e com o Governo”. Por conta disso, Kelsen propôs um modelo de controle de constitucionalidade reverente ao legislador, e limites à atuação do tribunal constitucional (SOUSA JR E REVERBEL, 2015, p. 10; BRANDÃO, 2014, p. 192-194).



O legislador positivo de Kelsen, segundo Brandão (2014, p. 193), consistiria na atuação “de maneira eminentemente criativa, o que implicaria usurpação de função legislativa”. A revisão judicial está ligada a esse caráter de legislador negativo das Cortes, como a ideia dos tribunais enquanto legisladores positivos, que ganhou apoio no séc. XXI, sustenta que a atuação dos tribunais não pode ser apenas de controlar os atos dos outros poderes, mas de atuar ativamente, auxiliando o legislativo, como um colegislador, ao também criar normas a partir de suas decisões (AL-DULAIMI, 2018).

Em nome da defesa dos direitos individuais, a atuação das Cortes superiores e tribunais constitucionais têm sido ativa, como na atuação da Suprema Corte americana após 1929, e também no Supremo Tribunal Federal brasileiro, cuja atuação de guardião da constituição e controlador (negativo e positivo) dos atos dos outros poderes ganhou força desde 1988.

3.2 A Constituição de 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto legislador positivo

A Constituição de 1988 levou o poder judiciário a outro patamar. Além de conter um grande rol de direitos e garantias, de ser uma constituição rígida e de conter as cláusulas pétreas, elegeu o Supremo Tribunal Federal como o guardião da constituição, o que foi resultado do momento constitucional marcado pela desconfiança dos legisladores e da democracia (VIEIRA, 2008). Os constituintes originais, os constituintes derivados e os legisladores ordinários aparelharam os juízes com mecanismos diversos para não apenas controlar negativamente os atos dos demais poderes, exercendo a função de legislador negativo de Kelsen, como também para criar normas gerais com eficácia *erga omnes*, como se legislador fosse, como um colegislador ou legislador de primeira câmara, como descrito por Arguelhes e Ribeiro (2016). Dentre os instrumentos previstos na constituição, estão as ações diretas de inconstitucionalidade (mais ligadas à revisão constitucional feita pela Corte enquanto legislador negativo), as ações declaratórias de constitucionalidade, as arguições de descumprimento de preceitos fundamentais e mandados de injunção (que são instrumentos considerados por Arguelhes e Ribeiro (2016) como mecanismos de exercício do papel de legislador positivo pela Corte), além da criação da súmula vinculante e da previsão da repercussão geral, instituídos pela Emenda Constitucional nº 45/04.



A complexidade do Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988 é notória: atua ao mesmo tempo enquanto tribunal constitucional, foro judicial especializado e tribunal de recurso de última instância, e isso, segundo Vieira (2008, p. 445-447), são funções exercidas por órgãos diferentes em outros modelos políticos, evidenciando ainda a mudança de centro de equilíbrio na teoria da separação de poderes no Brasil, pois o judiciário ficou no centro do arranjo político brasileiro. Não só atua enquanto legislador negativo, como também é constantemente envolvida em decisões de cunho político, servindo a Corte de instrumento de disputa entre partidos de oposição e situação, tendo sido chamada a decidir casos emblemáticos, como a decisão sobre aborto de anencéfalos e a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, diante da omissão ou inação proposital do legislativo e do executivo em resolver casos politicamente impopulares.

Acresça-se que não é incomum o exercício de funções pelas Cortes e tribunais superiores que não estão previstas na constituição, o que, junto com uma deferência ou eficácia das decisões, caracteriza, na verdade, a supremacia judicial. A Suprema Corte americana atuou assim, tanto no caso *Marbury vs. Madison*, quanto no pós-crise de 1929, quando atuaram em questões políticas polêmicas, como o fim do sistema segregacionista e na questão do aborto e, em 1994, quando a Corte reafirmou o próprio poder como supremo (MATOS, 2017). A esse respeito, Matos considera que:

O poder dos juízes da Suprema Corte atual é inequivocamente maior do que os juízes da corte de Marshall. Esse poder, denominado de supremacia judicial, tem sido definido de formas distintas, seja como monopólio da interpretação constitucional, seja como a prerrogativa de dar a última palavra sobre a constituição, seja como poder para realizar o controle de constitucionalidade das leis, seja como atribuir efeito vinculante às decisões do judiciário em relação aos outros poderes, seja como fixar políticas públicas gerais ou, ainda, como poder decidir quando a constituição não oferece uma resposta clara (MATOS, 2017, p. 117).

No caso brasileiro, essa atuação é ainda potencializada pelo caráter principiológico da constituição. Brandão (2014, p. 195) entende que há no modelo brasileiro uma contradição entre o conceito de legislador negativo de Kelsen e a aceitação de princípios constitucionais muito abertos. Para o autor:

(...) a jurisprudência do STF vem progressivamente reconhecendo a característica mais essencial da teoria dos princípios, qual seja, a força normativa dos princípios jurídicos, assim entendida a noção de que os princípios constitucionais são normas jurídicas, imperativas aos três poderes e judicialmente sindicáveis, e que se aplicam



mediante ponderação. Com efeito, a normatividade dos princípios vem sendo cada vez mais afirmada pela jurisprudência das Cortes Constitucionais ao redor do mundo, inclusive e notadamente do Supremo Tribunal Federal, e a proporcionalidade se destaca como o principal instrumento metodológico para a ponderação entre princípios jurídicos (BRANDÃO, 2014, p. 195).

A utilização desses princípios cumulados com tantos instrumentos de controle de constitucionalidade e o acúmulo de funções concedem uma discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal, que Vieira (2008, p. 445) considera preocupante, uma vez que leva à expansão da autoridade do tribunal e ao consequente desequilíbrio em relação aos demais poderes, levando ao que ele denominou supremocracia. Além do problema apontado por Streck (2014, p. 310) quanto ao uso da ponderação de princípios legitimar decisões puramente pragmaticistas e que não resolvem concretamente o problema envolvendo o direito.

Se o poder judiciário é instigado a se manifestar, naturalmente é esperado que atue para garantir a concretização de direitos, seja pela aplicação de regras ou pela interpretação de princípios geralmente mais amplos e abstratos. A consequência é que o Supremo Tribunal Federal vai exercer uma atividade excessivamente construtiva no papel de legislador positivo, criando normas gerais que, por se tratarem da decisão de uma Corte constitucional, influenciarão outros casos para além do caso individual, como acontece com os juízes ordinários. A repercussão da decisão é muito ampla, chegando a vincular as demais instâncias do poder judiciário, como nos julgamentos de repercussões gerais e nas súmulas vinculantes, ou ainda nos julgamentos de ações diretas de incondicionalidade que vinculam os demais poderes. Porém, tal característica gera outro problema: a criação de uma norma judicial geral para resolver casos concretos individuais, e, segundo Streck (2014, p. 313), essa universalização é incompatível com a construção do direito no caso concreto, sem contar com o problema de não se conhecer a *ratio decidendi*.

No que toca as repercussões gerais, Vieira (2008, p. 450) pontua que também se tratam ferramentas que demonstram não apenas o exercício de discricionariedade judicial como a maior concentração de poderes nas mãos do Supremo, que terá o poder de impor demais cada decisão em caso difícil que venha a se tornar um paradigma, e dessa forma, “o risco aqui é o tribunal ver-se obrigado a se transformar em xerife de suas próprias decisões”. Pois quando os ministros ditam a agenda dos julgamentos, por exemplo, utilizando-se critérios não compreendidos pelo público, “cria-se”, segundo Vieira (2008, p. 450), “uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal”.



Tal característica abstrata é problemática, como já alertavam Kelsen, Schmitt e Maus. Ao analisar criticamente a Constituição da União Europeia, que é mais abstrata e que carece de procedimentos firmes, Maus (2010, p. 230) argumenta que a jurisdição constitucional é mais facilmente compatível com o Estado de direito e a democracia quando se concentra na observação de regras procedimentais, sendo que o papel de “guardião da constituição” tem um sentido pós-metafísico que consiste na “fiscalização das regras do jogo de todo processo democrático e não a antecipação estratégicas dos *outputs* materiais de procedimentos legislativos”. A grande questão não respondida pelos defensores da revisão judicial e do controle de constitucionalidade é: quem controla os controladores? O executivo e o legislativo limitam-se mutuamente, e os dois são limitados pelo judiciário, mas quem limita o guardião da constituição brasileira? A garantia de direitos e a proteção da constituição justificam tal empoderamento do Supremo Tribunal Federal sem que haja algum controle popular ou mesmo pelos outros poderes?

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A configuração de poder judiciário como conhecemos hoje começou a surgir no séc. XVIII, e se desenvolveu ao mesmo tempo em que se discutia revisão judicial e o constitucionalismo. Antes de ser um poder autônomo e até supremo em alguns modelos políticos, o judiciário era um não poder, ligado ao executivo e sem qualquer prerrogativa de controle dos atos dos poderes legislativo e executivo. Isso mudou a partir da revolução americana do séc. XVIII, quando se adotou o modelo revisão judicial e a constituição como critério de controle de toda a legislação. No séc. XX, os juízes passaram de simples intérprete da lei, que não podia exercer qualquer criatividade, para criador do direito, agindo não apenas como um legislador negativo, na forma preconizada por Kelsen, mas também como um colegislador, um legislador criativo, criando regras gerais a partir de decisões judiciais.

Montesquieu e Maus defenderam a objetividade no julgamento como forma não apenas de limitar o poder dos juízes, mas também de separar o judiciário do jogo político. Essa mesma preocupação foi compartilhada séculos depois por Kelsen e Carl Schmitt enquanto debatiam sobre quem deveria ser o guardião da constituição. Esses teóricos entendiam que a falta de objetividade do julgamento e o exercício de uma criatividade judicial fora da “moldura da lei” transformaria o judiciário em legislativo, o que seria uma evidente usurpação de funções



e uma quebra da teoria da separação de poder, enquanto uma teoria de poderes equilibrados como defendida por Montesquieu. O exercício da discricionariedade judicial não foi negado aos juízes pelos teóricos do séc. XX, mas entendiam que havia limites para o uso dessa discricionariedade e que o uso de princípios abstratos poderia até suprir as lacunas das regras, mas seria igualmente problemático quando se considerava o judiciário apenas como legislador negativo.

Com as mudanças ocorridas no pós-segunda guerra mundial e a mudança de concepção de um judiciário de apenas legislador negativo para legislador positivo mostrou na prática que a preocupação de Kelsen e Schmitt não era sem fundamento. Ao analisar o que o Supremo Tribunal Federal se tornou a partir da Constituição brasileira de 1988, verificou-se uma concentração de poderes considerável nas mãos de poucos ministros, que além do papel tradicional de legislador negativo, exercido por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, exercem também o papel de legislador positivo, podendo não apenas sanar as omissões legislativas, a partir de arguições de descumprimento de preceitos fundamentais e mandados de injunção, como também criar decisões paradigmas com caráter geral que se aplicam a casos individuais, como as súmulas vinculantes, ou criar requisitos de admissibilidade de recursos que serão analisados pela Corte, como as repercussões gerais.

A defesa dos direitos e das constituições têm sido associados ao judiciário principalmente ao longo do séc. XX, e vem como resultado da desconfiança em relação aos demais poderes. Porém, tal defesa de direito não pode negar o que Montesquieu já alertava: que haverá tirania quando um poder acumula a função de outro poder. E não obstante se discutir se o judiciário pode ou não atuar como legislador, pois esse não é o objetivo, o grande questionamento é por qual motivo o povo desconfia do executivo e do legislativo, e por isso aprovou freios a esses poderes, mas não desconfia e não põe freios aos juízes de tribunais. O alerta de Ingeborg Maus é bastante válido: não é possível confiar nas boas intenções dos agentes. É preciso controle, inclusive do judiciário.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Criatura e/ou criador:** transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. Revista Direito GV, v. 12, p. 405-440, 2016.





BRANDÃO, Rodrigo. **O STF e o dogma do legislador negativo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 44, 2014.

DUARTE NETO, José; DA SILVA, Rudson Coutinho. **O Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional**: aportes para um novo procedimento de investidura de Ministros. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 23, n. 37, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. cap. 78.

MATOS, Deborah Dettman. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo**: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular. 2017, 294p. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2017.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Dos casos difíceis e dos casos fáceis ou de como os juízes praticam sua arte. **Anais do XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional**, 2006. 26p.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PAES, Arnaldo Boson. **Criatividade judicial**: limites, justiça e legitimidade. Belo Horizonte: RTM, 2018. Cap. 3

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, cap. 7.

SERRANO, Rafael de Agapito. **Libertad y Division de poderes**: el contenido esencial del principio de la division de poderes a partir de pensamiento de Montesquieu. Madri: Tecnos, 1989. 176p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, v. 4, p. 441-463, 2008.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and separation of powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1967.





WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.
332p.