

A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO

Bruna Izídio de Castro SANTOS¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: O trabalho começa trazendo um breve histórico sobre o sistema de separação dos Poderes desenvolvido por Aristóteles e Montesquieu. A seguir é realizado um estudo a respeito da teoria dos freios e contrapesos utilizada nas sociedades modernas para abrandar a rigidez da separação de Poderes defendida por Montesquieu. Após a exposição da existência de funções típicas e atípicas nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário é realizada uma pesquisa específica sobre as funções típicas e atípicas do Poder Judiciário. O artigo é finalizado abordando os aspectos que justificam a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo.

Palavras-chave: Freios e contrapesos. Legislador Negativo. Poder Judiciário. Separação de Poderes. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

A separação de Poderes existe desde a Antiguidade grega e conforme a teoria de Montesquieu se alastrou pelas sociedades modernas a divisão rígida de Poderes por ele defendida se mostrou inviável na prática.

Na tentativa de impedir que a extrema independência dada aos órgãos que desempenhavam as funções (Poderes) estatais resultasse em abusos no uso do poder estatal e num conseqüente risco do Estado perder parte de seu poder, alguns mecanismos foram criados.

A teoria dos freios e contrapesos buscou estabelecer um controle recíproco entre os Poderes através do exercício de funções atípicas realizadas tanto pelos Poderes Legislativo e Executivo, como pelo Judiciário.

¹ Discente do 8º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: brunaizidio@yahoo.com.br. Bolsista do Programa de Iniciação Científica.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Graduado e especialista em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente e Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. E-mail: rodrigoleart@hotmail.com. Orientador do trabalho.

O Poder Judiciário tem como principal função a jurisdição, especialmente a jurisdição constitucional que permite aos juízes e tribunais realizarem o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público.

O Supremo Tribunal Federal é o principal órgão do Judiciário brasileiro e atua como legislador negativo ao afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas por ele interpretadas como inconstitucionais.

2 DA SEPARAÇÃO DE PODERES (FUNÇÕES)

O poder estatal é dividido em categorias levando-se em consideração os atos que o Estado pratica e estes se agrupam formando as funções estatais. O Estado manifesta sua vontade através das diferentes funções que exerce.

Assim como não se deve confundir as funções estatais com os órgãos públicos que as exercem, pois estes são apenas instrumentos para a efetivação do exercício daquelas, é preciso entender que estas funções são derivadas de um poder estatal que é uno e indivisível.

A ideia da separação do poder estatal entre as funções legislativa, executiva e judiciária surgiu, segundo os estudiosos, com Aristóteles e foi aprimorada por Montesquieu.

Segundo ensina Pedro Lenza (2011, p. 433):

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por **Aristóteles**, em sua obra *Política*, em que o pensador vislumbrava a existência de **três funções distintas** exercidas pelo poder **soberano**, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. (grifado no original).

A contribuição aristotélica se deu por meio da identificação dessas funções estatais diversas já que Aristóteles as compreendia concentradas na figura de um soberano.

Foi apenas com Montesquieu que as três funções passaram a ser vistas como independentes uma vez que ele defendia a existência de órgãos distintos para a realização de cada função evitando assim a concentração do poder.

O Brasil adota a separação de Poderes desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, entretanto este texto constitucional trazia uma divisão quadripartida do poder estatal representado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como pelo Poder Moderador de uso exclusivo e pessoal do Imperador. A tripartição dos Poderes passou a ser adotada com a promulgação da primeira Constituição republicana do país em 24 de fevereiro de 1891.

A Constituição vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, adota expressamente em seu artigo 2º a tripartição dos Poderes ramificando o poder do Estado em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

O princípio da separação de Poderes possui tamanha importância para o regime político pátrio que o legislador constituinte assegurou no artigo 60, § 4º, inciso III da Lei Maior que tal princípio não possa ser objeto de Emenda Constitucional tornando-o assim uma cláusula pétrea.

Apesar de muitos Estados modernos terem aderido à teoria da “tripartição dos Poderes” defendida por Montesquieu esta adoção foi feita de maneira mitigada não se fazendo valer da separação rígida de Poderes apresentada pelo filósofo e escritor.

Ao tratar do abrandamento dado a separação de Poderes o professor José Afonso da Silva (2010, p. 109) discorre:

Hoje, o princípio não configura mais a rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*. (grifado no original).

Com a adoção de um sistema menos rigoroso de separação de Poderes surgiu a denominada teoria dos freios e contrapesos.

3 DOS FREIOS E CONTRAPESOS

A teoria dos freios e contrapesos surgiu da necessidade de impedir o surgimento de instâncias que não se sujeitassem a nenhum tipo de controle, pois esta extrema independência entre os três Poderes poderia enfraquecer o poder estatal.

Outra questão justificadora do uso dessa teoria é fazer com que através do controle recíproco entre os Poderes os excessos e conseqüentes abusos de poder sejam coibidos.

O professor Luís Roberto Barroso (2010, p. 173) explica:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

A história mostra que quando se tem poder e não existe o devido controle os abusos no uso do poder estatal ocorrem aos montes, mas nas sociedades modernas tais abusos não são e nem devem ser tolerados, o que torna o controle entre os Poderes algo de grande valia.

Apesar de inicialmente os Estados terem implantado a separação rígida de Poderes, com o tempo ficou evidente que na prática tamanha independência representava um risco ao próprio Estado.

Para Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 490 e 491):

O esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro no qual cada *poder*, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma em caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquela. Assim, constata-se que os órgãos estatais não exercem simplesmente as funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos. É que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três mencionadas funções em sentido material. (grifado no original).

Cada órgão é responsável não apenas pelo exercício de suas funções típicas, mas também pela realização de outras duas funções atípicas que são predominantes aos demais órgãos.

As funções atípicas não violam o princípio da separação de Poderes visto que se constituem no exercício da função de determinado órgão. Ainda que atípicas essas funções pertencem ao órgão que as realizam, desde que expressamente previstas.

Levando-se em consideração este sistema de fiscalização entre os Poderes é permitido ao Poder Judiciário dentro dos limites legais executar funções administrativas e legislativas.

4 DAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário encontra previsão nos artigos 92 a 126 da Constituição Federal e tem como principal função a solução dos conflitos de interesse nos casos concretos mediante processo judiciais.

A função predominante (típica) do Judiciário é a jurisdição que possui como principais características a lide, a inércia e a definitividade.

Pelas características apresentadas é possível compreender que a jurisdição é exercida quando há uma pretensão resistida que é levada ao Poder Judiciário mediante a provocação de uma das partes e solucionada de modo que a decisão proferida passe a ser imutável.

Ainda sobre a jurisdição Pedro Lenza (2011, p. 631) esclarece que “a jurisdição no Brasil é una (ou seja, a definitividade só é dada pelo Judiciário) e indivisível, exercida pelo Judiciário nacionalmente (um só poder, materializado por diversos órgãos federais e estaduais)”.

Além da função jurisdicional o Judiciário possui funções atípicas previstas no artigo 96, inciso I, alíneas “b” e “f” que correspondem, respectivamente, a função de administrar e legislar.

A grande problemática no que diz respeito às funções atípicas é encontrar os limites para o exercício de tais funções, especialmente em relação ao Poder Judiciário que ao exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público é visto, por alguns, como usurpador da função legislativa.

Necessário se faz entender o funcionamento da atividade de legislador negativo desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.

5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO

O Supremo Tribunal Federal é considerado o “guardião da Constituição” e suas atribuições encontram-se previstas nos artigos 101 e seguintes da Lei Maior trazendo inclusive no artigo 102 a disposição de que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Apesar desta previsão expressa o professor José Afonso da Silva (2010, p. 558 e 559) ensina que o Supremo Tribunal Federal não é considerado uma Corte Constitucional visto que o sistema misto de controle de constitucionalidade que o Brasil adota permite a qualquer juiz ou tribunal conhecer da inconstitucionalidade por via de exceção e também porque o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal, prioriza a solução da lide sempre que possível sem que para isso seja preciso decretar inconstitucionalidades.

O Poder Judiciário não exerce apenas a função jurisdicional. Ele atua também como legislador negativo, pois tanto pode considerar uma lei inconstitucional e não aplicá-la (controle difuso) como pode considerar tal lei inválida e sua decisão opera efeitos *erga omnes* (controle concentrado).

A legitimação da ação do Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, como legislador negativo se faz pela figura do *amicus curiae*. O *amicus curiae* tem sua participação prevista no artigo 7º, § 2º da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 que trata do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

O *amicus curiae* é um terceiro com interesse jurídico em relação à questão discutida que auxilia a Corte como colaborador informal prestando informações quando o relator do processo considera a matéria discutida relevante. Ele legitima o controle judicial de constitucionalidade uma vez que participa dos debates jurídicos e interfere no processo legislativo que afetará a sociedade.

O Poder Judiciário não usurpa a função legislativa própria (positiva) do Poder Legislativo, pois nem mesmo ao Supremo Tribunal Federal é permitido legislar

positivamente criando novas leis uma vez que deve apenas aplicar as leis já existentes ao caso concreto.

Victor Marcel Pinheiro e Virgílio Afonso da Silva (2006) sustentam que:

Em diversas decisões, o STF exprime a idéia exposta acima de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacordo com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo à função de criar normas jurídicas, atuando como legislador positivo.

Ao Supremo Tribunal Federal, como legislador negativo, cabe apenas afastar do ordenamento jurídico pátrio as normas que contrariem a Lei Maior sendo, por consequência, inconstitucionais.

6 CONCLUSÃO

Apesar de existirem argumentos que interpretem a atuação do Poder Judiciário ao realizar o controle de constitucionalidade como usurpação da função legislativa, tal ideia não se justifica uma vez que o Judiciário não legisla positivamente ao afastar normas inconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal atua de modo a evitar que omissões ou excessos cometidos pelos demais poderes venham a prejudicar a população e/ou violar a Constituição, função esta que está de acordo com o que o próprio Texto Constitucional lhe permite realizar.

A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal funcionar como um legislador negativo visa proteger a Constituição Federal e os direitos fundamentais que esta assegura.

A única ressalva se faz no sentido de que excessos devem ser evitados para que o Supremo Tribunal Federal não passe a legislar positivamente e aí sim passar a exercer uma função que não lhe foi atribuída pela Lei Maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p. ISBN 978-85-02-07279-4

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 703 p. ISBN 85-02-02173-7

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 527 p. ISBN 978-85-203-3563-5

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 1196 p. ISBN

PINHEIRO, Victor Marcel; DASILVA, Virgílio Afonso. **O STF como legislador negativo**. Disponível em:
<http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/90_Victor%20Marcel%20Pinheiro.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 594 p. ISBN 978-85-375-0561-8