

## SEMINARIO INTERNACIONAL EN CULTURA DE LA LEGALIDAD: “LOS DESAFÍOS DEL ESTADO DE DERECHO EN EL SIGLO XXI”

El Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los Desafíos del Estado de Derecho” ha sido organizado por el **Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia** (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid, en el marco de las actividades del proyecto [New Trust-cm Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad \(S2015/HUM-3466\)](#) financiado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid.

El programa completo del Seminario está disponible en [www.derechoyjusticia.net](http://www.derechoyjusticia.net)

Las **comunicaciones** aquí recogidas fueron presentadas el día 13 de febrero de 2017 con motivo del I Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los desafíos del Estado de Derecho en el siglo XXI”, celebrado en el campus de Getafe de la Universidad Carlos de Madrid bajo la dirección de María José Fariñas Dulce.

Las comunicaciones están disponibles en: <https://hdl.handle.net/10016/25562>



# A REALIDADE SUBJACENTE AO AXIOMA DO LEGISLADOR NEGATIVO

## THE REALITY UNDERGOING THE NEGATIVE LEGISLATOR'S AXIOMA

Leonardo Guaurino

*Universidade Autónoma de Lisboa*

Saulo Guapyassú Vianna

*Universidade Autónoma de Lisboa*

### RESUMO

O presente artigo tem por pretensão teórica descrever o ambiente da jurisdição constitucional portuguesa sem, contudo, negligenciar ao dever de denunciar incoerências e inconsistências. Com efeito, algumas linhas se prestam a analisar a evolução da justiça constitucional, até o advento do Tribunal Constitucional, nos idos de 1982. Posteriormente, foi enfrentada a tese da dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário, que funcionaria – em tese – como argumento não legitimador da atuação jurisdicional no sentido da invalidação de normas jurídicas por violação a preceitos constitucionais. Resumidamente, é inexorável afirmar que o exercício da jurisdição constitucional, no cenário jurídico-institucional transcontinental, apesar de predominante não é incontroverso.

A renitente ausência de unanimidade no que tange à prestação da jurisdição constitucional por órgãos integrantes do Poder Judiciário, se dá pela ausência de batismo popular àqueles que reputam inconstitucionais em caráter, por vezes, definitivo, normas jurídicas exaradas por órgãos exercentes da função típica legislativa e, de facto, detentores de legitimidade democrática. Nessa atoada, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é questionada em razão da questionada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário. Esse cenário decorre da circunstância fática de juízes não eleitos gozarem de competência para invalidar as decisões adotadas pelo legislador eleito, invocando, por vezes, como fundamento, normas constitucionais dotadas de abstração, vagueza e cariz principiológico. Nessa atoada, o artigo apresenta as incoerências e fragilidades da tese da dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário e, ademais, promove uma análise crítica do dogma do legislador negativo.

**Palavras chave:** Justiça constitucional. Jurisdição. Sistema de poder

## **ABSTRACT**

The present article has the theoretical pretension to describe the environment of the Portuguese constitutional jurisdiction without, however, neglecting the duty to denounce inconsistencies and inconsistencies. Indeed, some lines lend themselves to analyzing the evolution of constitutional justice, up to the advent of the Constitutional Court, back in 1982. Subsequently, it was faced with the thesis of the countermajoritarian difficulty of the Judiciary, which would function - as a thesis - as a non-legitimizing argument of the jurisdictional action in the sense of invalidation of legal norms for violation of constitutional precepts. Briefly, it is inexorable from an exercise of constitutional jurisdiction, it is not a transcontinental juridical-institutional course, although predominant it is not incontrovertible.

The reluctant absence of unanimity is not the provision of constitutional jurisdiction by bodies that are members of the Judiciary, through the absence of popular knowledge in the field of copyright, for reasons of law, in fact, holders of democratic legitimacy. In this act, a democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction is questioned because of the "countermajority difficulty" issue of the Judiciary. This scenario stems from the factual circumstance of unelected judges of competence to invalidate the decisions adopted by the elected legislator, sometimes invoking, as a foundation, constitutional rules endowed with abstraction, vagueness and principiological. In this act, the article presents as inconsistencies and fragilities of the thesis of the countermajoritarian difficulty of the Judiciary, and, in addition, promotes a critical analysis of the dogma of the negative legislator.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	4
2. DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA .....	6
3. DA RELEITURA DO ANACRÔNICO DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO.....	11
4. CONCLUSÃO.....	16
5. BIBLIOGRAFIA.....	18

## 1. INTRODUÇÃO

O desenho da jurisdição constitucional portuguesa, antes do advento da Constituição de 1976, contava apenas com o traço monocromático do controle judicial difuso, incidental e concreto, introduzido pela Constituição de 1911. Embora insculpido em ambiente político-institucional diverso, a Constituição de 1933 (do “Estado Novo”), em sua redação originária, reproduziu, basicamente, o cenário anterior, sem projetar cores inovadoras.

Sem embargo, com a revisão de 1971, o constituinte reformador promoveu um novo colorido ao arranjo institucional da justiça constitucional portuguesa. A referida revisão introduziu na estrutura normativa da Constituição – de forma inovadora – o controle abstracto e concentrado de constitucionalidade, de berço austríaco.

Nessa atoadá, impende destacar que o sistema misto de jurisdição constitucional permanece na estrutura constitucional provisória após a Revolução democrática de 25 de abril de 1974, projetando suas luzes, também, para a Constituição da República Portuguesa de 1976.

Cumpré esclarecer que a fiscalização abstracta era exercida – à época – pelo Conselho da Revolução, que adquiriu competência para a declaração de inconstitucionalidade com força vinculante e *erga omnes*.

Pois bem, o texto inicial da Constituição da República Portuguesa de 1976 – fruto do exercício incondicionado e ilimitado do Poder Constituinte Originário – manteve as características básicas estruturais do sistema misto de controle de constitucionalidade, constante da ordem constitucional transitória portuguesa.

A redação originária, como destacado, albergou o controle de constitucionalidade difuso com o concentrado, todavia, introduziu alguns instrumentos de fiscalização de constitucionalidade, de facto, inovadores, tais como: o controle de constitucionalidade por omissão e o controle preventivo dos actos normativos.

Sem embargo, restou criado um órgão responsável pelo controle abstracto de constitucionalidade, qual seja: a Comissão Constitucional. Tal órgão foi concebido com um espectro amplo de atribuições constitucionais. Nesse cenário, atuava como órgão consultivo do Conselho da Revolução, quanto à fiscalização abstracta e, ao mesmo tempo, como órgão de julgamento concentrado dos recursos de constitucionalidade provenientes dos tribunais.

Por derradeiro, não se pode olvidar que com advento no novel texto constitucional foi assentado o carácter não definitivo das decisões dos tribunais que julgassem no sentido da inconstitucionalidade, pois tais decisões eram recorríveis para a Comissão Constitucional<sup>1</sup>.

Em suma, foi instituído um sistema de jurisdição constitucional de cariz notadamente complexo e plural.

Destarte, com o advento da primeira revisão constitucional (1982), veio à lume o Tribunal Constitucional português, em substituição ao Conselho da Revolução e à Comissão Constitucional, concentrando as funções institucionais de ambos.

O Tribunal Constitucional passa, portanto, a atuar como órgão de cúpula da jurisdição constitucional portuguesa, dispondo da competência para decidir, em carácter definitivo, sobre questões de constitucionalidade, tanto através da via recursal, quanto em controle concentrado de constitucionalidade.

É incontroverso que a primeira revisão constitucional estendeu, ainda, o modelo de fiscalização da constitucionalidade a alguns casos especiais de ilegalidade reforçada, notadamente a fiscalização das infracções aos estatutos das regiões autónomas por parte dos diplomas regionais ou dos diplomas dos órgãos de soberania, bem como das infracções das “leis gerais da República” por parte dos diplomas regionais.

A jurisdição constitucional não sofre modificações substanciais nas revisões constitucionais subsequentes (1989, 1992, 1997). Em carácter conclusivo, não se pode negligenciar, contudo, que as alterações promovidas consistiram no alargamento do espectro funcional do Tribunal Constitucional.

O novo órgão de cúpula da jurisdição constitucional passou a ser detentor, ademais, de competência para verificar a conformidade dos actos legislativos “ordinários” em relação às leis de valor reforçado entre as quais as leis orgânicas, bem como para verificar a constitucionalidade e a legalidade dos referendos, antes de eles serem convocados.

De acordo com as lições do eminente J.J Gomes Canotilho o solo sobre o qual foi erigido o sistema de justiça constitucional portuguesa “situa-se na confluência de duas culturas jurídico-constitucionais diferentes: a *judicial review of legislation*, dos Estados Unidos, e a *Verfassungsgerichtsbarkeit*, da Áustria”.

---

<sup>1</sup> MOREIRA, Vital “A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional”, em *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 815-817

A Constituição da República portuguesa, portanto, funcionou como repositório de modelos de justiça constitucional de cariz ideológico e metodológico absolutamente distintos, mas que convivem harmonicamente dentro de coeso arranjo jurídico-institucional.

## 2. DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

O exercício da jurisdição constitucional, no cenário jurídico-institucional transcontinental, apesar de predominante não é incontroverso. A renitente ausência de unanimidade no que tange a prestação da jurisdição constitucional por órgãos integrantes do poder judiciário, se dá pela ausência de batismo popular àqueles que reputam inconstitucionais em caráter, por vezes, definitivo, normas jurídicas exaradas por órgãos exercentes da função típica legislativa e, de facto, detentores de legitimidade democrática.

Nessa atoadá, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é questionada em razão da inexorável “dificuldade contramajoritária<sup>2</sup>” do Poder Judiciário.

Esse cenário decorre da circunstância fática de juízes não eleitos gozarem de competência para invalidar as decisões adotadas pelo legislador eleito, invocando, por vezes, como fundamento, normas constitucionais dotadas de abstração, vagueza e cariz principiológico.

Importa destacar, por exemplo, que pessoas que esposam correntes ideológicas flagrantemente distintas podem entender que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana proíbe, que é compatível, ou até que ele impõe a pesquisa com células tronco embrionárias.

Essa plasticidade hermenêutico-interpretativa é a tônica de uma jurisdição constitucional que entende legítima a utilização, sem balizas, de princípios constitucionais como parâmetro do controle de constitucionalidade de leis, através do fundamento retórico frágil da defesa da Constituição. Nesse contexto, é recorrente que haja desacordo no que tange qual a melhor interpretação das normas jurídicas.

Diante disso, será que a decisão sobre a interpretação mais correta da Constituição deve caber à juízes não eleitos? Essa pergunta informa debate candente na seara constitucional moderna.

Parte da doutrina defende que o próprio povo ou seus representantes eleitos devem dar a última palavra sobre a correta e legítima interpretação da Constituição e não magistrados<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> A expressão “dificuldade contramajoritária” foi cunhada pelo jurista norte-americano: BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1964.

Nessa atoadada, é recorrente que o reverberar das vozes opositoras ao exercício da jurisdição constitucional por órgãos não eleitos se intensifique na medida em que cresça o ativismo judicial no exercício do controle de constitucionalidade.

No cenário jurídico português, repito, o controle de constitucionalidade encontra expresso assento em sede constitucional. Por evidente, o debate que tem relevo prático não é aquele que toca a adoção ou rejeição do instituto, mas sim sobre a maneira e intensidade com que os juízes, em geral, e o Tribunal Constitucional, em especial, devem empregá-lo.

Sem embargo, como os instrumentos, órgãos competentes e procedimentos atinentes à fiscalização de constitucionalidade encontram fundamento explícito no texto constitucional, o viés da dificuldade contramajoritária sobre o qual paira controvérsia reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação<sup>4</sup>.

Resta claro, diante do exposto, o solo sobre o qual foi erigida a principal crítica à jurisdição constitucional, qual seja: atribuir aos juízes uma espécie de “poder constituinte permanente<sup>5</sup>” ou, como preferimos denominar, “poder constituinte de ocasião”. Explico.

Os juízes, quando da prestação da jurisdição de natureza constitucional, podem – até inconscientemente – interpretar o ordenamento jurídico-constitucional de acordo com as suas preferências políticas e ideológicas ou, ainda, a partir de precompreensões derivadas das experiências vivenciadas em ambiente extrajurídico.

O manejo de normas-princípio, dotadas de plasticidade hermenêutica, permitiria a superação das decisões políticas inculpidas pelo Parlamento, sob a alegação de pretensa incompatibilidade vertical entre a norma constitucional e o dispositivo infraconstitucional eventualmente questionado.

A paisagem institucional desenhada foi, por exemplo, de forma inicial, rechaçada em ambiente francês, pelo temor de que sua eventual adoção pudesse permitir a criação de um

---

<sup>3</sup> 13Cf. WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review". Em: *Yale Law Journal*. v. 115 (6), 2006, pp. 1.346-1.406.

<sup>4</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 55-74.

<sup>5</sup> SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira Souza Neto. “Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial”. Em *Quaestio Iuris*, v. 6, n.º. 2, 2013, p. 107-150.



pretensão “governo de juízes<sup>6</sup>”. Ademais, a tradição francesa é no sentido de conceder ao parlamento – expressão do ideal democrático – a tarefa de guardião da Constituição.

Nessa perspectiva, Maurizio Fioravanti advoga que o Parlamento “não pode lesar os direitos individuais porque é necessariamente justo; e é assim porque encarna em si a vontade geral do povo ou da nação<sup>7</sup>”.

O enraizamento e florescimento da jurisdição constitucional em território europeu encontra, também, na Alemanha da década de 20, do século passado, quando vigente a Constituição de Weimar, solo, inicialmente, arenoso.

A objeção ao controle judicial de constitucionalidade foi capitaneada por Carl Schmitt<sup>8</sup>, que protagonizou paradigmática controvérsia com Hans Kelsen acerca do tema.

Pelas lições de Schmitt<sup>9</sup>, a abertura semântico-hermenêutica das disposições constitucionais tornava essencialmente política a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis. Admitida, portanto, a perspectiva eminentemente política do controle, o jurista alemão defendia a destinação de tal competência ao Chefe de Estado – representante da unidade do povo alemão – e não ao judiciário.

Cumprе esclarecer que há vozes que rechaçam a existência da citada dificuldade contramajoritária com fundamento na negação de que o Poder Judiciário, ao prestar a jurisdição constitucional, atuaria em descompasso com os anseios populares. Afirma-se que – de forma recorrente – os juízes julgam de forma consentânea com a opinião pública<sup>10</sup>. Nos termos do quadro institucional pincelado acima, o Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro Luís Roberto Barroso aduziu que, não raro, a atuação do Poder Judiciário, "consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais<sup>11</sup>".

---

<sup>6</sup> Até o advento da *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (Questão Prioritária de Constitucionalidade - QPC), positivada pela Emenda Constitucional de 23 de julho de 2008, a fiscalização de constitucionalidade não detinha grande envergadura no cenário jurídico francês.

<sup>7</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 73

<sup>8</sup> Cf. SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2ª ed. 1998.

<sup>9</sup> A interpretação de Schmitt sobre a jurisdição constitucional tem intrínseca relação com a sua teoria constitucional, de notório viés autoritária, que parte de uma perspectiva antiliberal da democracia, avessa ao pluralismo político. CALDWELL, Peter. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutionalism: the Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.

<sup>10</sup> No cenário americano, veja-se POWEL JR., Lucas A. *The Supreme Court and the American Elite: 1789-2008*. Cambridge: Harvard University Press, 2009; e FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 42.

É evidente que a argumentação do respeitado magistrado é concebida sob o influxo da incontroversa e cristalina crise da democracia representativa no Brasil. Contudo, trata-se de linha argumentativa relevante para legitimar a atuação da justiça constitucional.

Não nos parece, todavia, a melhor posição, notadamente quando o anseio popular que se pretende efetivar macula pré-compromissos constitucionais.

Pois bem, a democratização da jurisdição constitucional é, também, utilizada como caminho factível para a superação da barreira da dificuldade contramajoritária. Nessa atoadada, é fundamental que sejam criados, por exemplo, veículos viabilizadores da participação popular no processo de julgamento das demandas de raiz constitucional.

A experiência recente da fiscalização constitucional brasileira revela a participação democrática da sociedade civil através, inicialmente, da ampliação do elenco dos legitimados ativos para propositura de ações de controle abstracto de constitucionalidade, bem como a posterior incorporação ao processo constitucional do *amicus curiae*<sup>12</sup>. Com efeito, esses instrumentos buscam promover a pluralização dos debates jurídico-constitucionais travados nas dependências da Corte Constitucional brasileira. Assim, a invocada tese da dificuldade contramajoritária resta fragilizada diante de um modelo participativo de jurisdição constitucional<sup>13</sup>.

Ademais, é incontroverso que o princípio democrático não se esgota na mera prevalência da vontade das maiorias, mas funda-se em ideal político dotado de maior complexidade, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores de índole democrática<sup>14</sup>.

Em resumo, a democracia exige que existam mecanismos para a tutela dos direitos fundamentais das minorias ocasionais. Admitir que democracia pudesse ser resumida na vontade da maioria representativa seria, de igual modo, tolerar potencial ditadura das maiorias sobre minorias estigmatizadas.

Importante destacar, por derradeiro, que a relação entre jurisdição constitucional e democracia é traduzida através de uma perspectiva sinérgica.<sup>15</sup> Há sinergia porque o

---

<sup>12</sup> MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?*. Saraiva: São Paulo, 2010.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. Em: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 53-54.

<sup>14</sup> Nesta linha, veja-se DWORKIN, Ronald. “The Moral Reading and the Majoritarian Premise”. Em: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel; Cláudio Pereira Souza Neto. “Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial”. Em: *Quaestio Iuris*, v. 6, n.º. 2, 2013, p. 107-150.

exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras do jogo político e os direitos fundamentais.

O viés sinérgico é nitidamente comprovado pelo enraizamento e conseqüente florescimentos dos ramos da jurisdição constitucional, ao redor do mundo, em solos fertilizados pela democracia. A redemocratização, ordinariamente, é realizada em conjunto com a adoção de mecanismos de jurisdição constitucional.

Sem embargo, há, ainda, evidente tensão dialética potencial entre a jurisdição constitucional e a democracia. Se a imposição de limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático.

Essa tensão é catalisada quando a jurisdição constitucional se torna arena para o equacionamento de conflitos de viés político de notável envergadura, ou quando atua como a detentora do poder de ditar a palavra definitiva sobre o escorreito sentido do texto inserto na Constituição.

Resta incontroverso, por todo o exposto, que a discussão sobre a dificuldade contramajoritária é incrivelmente producente.

Com efeito, é possível identificar, em ambiente teórico, dois vetores que teriam potencial de promover a releitura da jurisdição constitucional através das lentes da democracia constitucional genuína, quais sejam: a adoção de uma teoria de diálogos constitucionais, que negue tanto à Corte Constitucional como aos poderes políticos majoritários a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre o preciso significado das normas constitucionais; e a definição de diferentes *standards* de deferência do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, em face de actos ou omissões dos outros poderes, que sejam sensíveis ao princípio democrático<sup>16</sup>.

Trata-se de solução promovida em abstrato que carece de concretude prático-metodológica.

---

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel; Cláudio Pereira Souza Neto. “Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial”. Em: *Quaestio Iuris*, v. 6, n.º. 2, 2013, p. 107-150.

### 3. DA RELEITURA DO ANACRÔNICO DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO

No cenário jurídico clássico português, vozes<sup>17</sup> – quase uníssonas – advogam tese no sentido que o Tribunal Constitucional, ao exercer o controle de constitucionalidade, deve atuar tão-somente como legislador negativo, nunca como legislador positivo, sob pena de usurpar função típica legislativa atribuída ao Parlamento por expressa determinação constitucional.

Nessa atoadá, de acordo com as lições dos iminentes J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a função de controle do Tribunal Constitucional é essencialmente negativa, sendo a sua vocação não a de definir aquilo que é (ou seria) conforme à Constituição, mas sim o que não é conforme com ela<sup>18</sup>”.

Vital Moreira defende, ademais, a rejeição, *ab initio*, das teses que justificam o ativismo e a criatividade do juiz exercente da jurisdição constitucional, as quais têm fundamentado a prolação das chamadas sentenças construtivas. Aduz o eminente jurista que “aí o juiz constitucional assume inequivocamente a veste do legislador e, em vez de se limitar a declarar a inconstitucionalidade das normas que o legislador emitiu, permite-se criar ele mesmo normas em substituição do legislador, ou imputar deliberadamente ao legislador normas diferentes da que este efectivamente emitiu<sup>19</sup>”.

Diante do exposto, qualquer atuação criativa do Tribunal Constitucional, quando exercente da fiscalização de constitucionalidade, encontraria obstáculo intransponível no princípio fundamental da separação de poderes. Assim, eventual decisão criativa do Poder Judiciário, extrapolando a moldura normativa proposta pelo Parlamento, representaria atuação como legislador positivo – inovando no ordenamento jurídico – e, por via reflexa, incompatível com a independência e harmonia entre os poderes.

Tal qual alinhavado acima, a clássica teoria do legislador negativo pode ser interpretada – com a devida vênia – como uma possível mentira que, repetira várias vezes, se transmutou em verdade absoluta e inquestionável.

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1993, p. 125 p. 1049.

<sup>18</sup> CANOTILHO J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, ob. cit., p. 1050.

<sup>19</sup> MOREIRA, Vital “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”. Em: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995, pp. 197-198.

Explico. A propagada versão da teoria de legislador negativo constitui exemplo de junção de teorias possivelmente inconciliáveis, quais sejam: a combinação do normativismo insculpido por Hans Kelsen com o positivismo típico da Escola da Exegese<sup>20</sup>. Esta, defendia que a atividade judicial consistiria em atividade despida de dimensão criativa, pois caberia ao intérprete apenas traduzir – sem inovar – a vontade pré-estabelecida pelo legislador contida no dispositivo normativo. Em resumo, a atuação do intérprete estaria adstrita à moldura semântica da norma jurídica. Haveria, portanto, clara distinção entre as funções legislativa (criativa) e judicial (não criativa)<sup>21</sup>.

Com efeito, o Tribunal quando declara a invalidade de actos normativos, por incompatibilidade vertical com a Constituição, não atuaria como legislador positivo, mas sim como legislador negativo, porque estaria ele se restringindo a cancelar a validade de uma lei em dissonância com a “vontade popular” incorporada na Constituição. Tratar-se-ia, portanto, de simples e pura aplicação mecânica da Constituição. Todavia, essa máxima decorre de falsa premissa que defende a ausência de dimensão criativa nas decisões dos tribunais que eliminam normas inconstitucionais do ordenamento jurídico.

Noutro giro, não é estranho ao entendimento majoritário a vinculação da obra de Hans Kelsen à necessidade de o Tribunal Constitucional atuar como “legislador negativo”.

A doutrina acerca da fiscalização de constitucionalidade concebida pelo referido jurista promoveu a criação de um Tribunal Constitucional responsável pela fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e actos normativos<sup>22</sup>. Nessa perspectiva, a referência às lições de Kelsen não é impertinente. A construção político-jurídica da teoria do legislador negativo (*der negative Gesetzgeber*) foi gerada e desenvolvida, de início, pelo jurista austríaco.

Sem embargo, insta ressaltar que a utilização da tese de “legislador negativo” como negação da criatividade na interpretação judicial do direito não é imune a críticas e questionamentos conceituais.

As respostas dadas pelo positivismo clássico e pelo normativismo kelseniano sobre a natureza da atividade judicial são claramente dissonantes, embora elementos destas teorias

---

<sup>20</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>21</sup> Ver BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995, com maior destaque ao capítulo VI “A função interpretativa da jurisprudência”, pp. 211 a 222.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 119 a 210.

jurídicas sejam utilizados para a fundamentação de tal conceito de “legislador negativo”<sup>23</sup>. Enquanto o positivismo clássico preconizava que a aplicação do direito pelo Judiciário se reduziria a uma atividade executiva, o normativismo kelseniano expressamente reconhecia – e promovia – a dimensão criativa à atuação judicante<sup>24</sup>.

A concepção jurídico-normativa desenvolvida por Kelsen se debruça sobre como o sistema jurídico produz as suas próprias normas. A referida teoria reduz o ordenamento jurídico a uma estrutura escalonada de normas jurídicas, segundo a qual normas de escalão superior disciplinariam a produção e o conteúdo de normas inferiores. Portanto, a validade de uma espécie normativa de segundo grau (acto administrativo) dependeria de sua compatibilidade substancial e formal com espécie normativa de primeiro grau (lei). É incontroverso, todavia, que a validade da referida lei depende, inexoravelmente, de sua conformidade às normas constantes do texto constitucional<sup>25</sup>.

É importante destacar, por oportuno, o notável caráter ambivalente atribuído – pela dinâmica kelseniana – aos actos jurídicos. De forma em geral, os actos jurídicos são, ao mesmo tempo, actos condicionantes e condicionados normativamente. Em suma, regra geral, toda espécie normativa condiciona a produção do acto normativo inferior e é condicionado – quando de sua edição – pelo acto normativo que lhe é hierarquicamente superior<sup>26</sup>. A variação se dá, nessa perspectiva, apenas em grau de criação e de aplicação, já que não paira qualquer dúvida sobre o viés criativo dos actos jurídico-normativos.

Evolui-se, portanto, de uma distinção qualitativa entre os actos de criação (lei) e de aplicação do direito (actos administrativos e decisões judiciais) para uma diferenciação quantitativa, em que ambos são considerados actos de criação e de aplicação do direito, variando apenas em intensidade<sup>27</sup>.

Resta cediço, portanto, que as considerações pinceladas linhas acima esvaziam os argumentos apresentados pelos defensores da tese da atuação do Tribunal Constitucional

---

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel; Cláudio Pereira Souza Neto. “Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial”. Em: *Quaestio Iuris*, v. 6, nº. 2, 2013, p. 107-150.

<sup>24</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *O STF e o Dogma do Legislador Negativo*. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo9.pdf>. Acesso em: 17/11/2016.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, capítulo V “Dinâmica Jurídica”, pp. 215 a 308.

<sup>26</sup> DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*”. Em: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 91-116, jul./set. 2010.

<sup>27</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *O STF e o Dogma do Legislador Negativo*. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo9.pdf>. Acesso em: 17/11/2016.

como simples “legislador negativo”. Em suma, qualquer acto de aplicação do direito é, sim, detentor de aspecto criativo.

Pois bem, por outro lado, para a correta inteligência do conceito de “legislador negativo” é fundamental lembrar a célebre acusação de Carl Schmitt à teoria de Hans Kelsen. O notável Schmitt aduzia que conceder ao Tribunal Constitucional a competência para promover a fiscalização de constitucionalidade de leis, geraria uma conseqüente “politização da justiça<sup>28</sup>”, e, por via reflexa, um governo juízes não eleitos para tal mister. A crítica de Schmitt é, de facto, consistente. É intuitiva a conclusão de que a expansão do Judiciário seria um mal à democracia. Assim, ciente dos contundentes fundamentos informadores da crítica promovida contra a tese do legislador negativo, Kelsen desenha o seu modelo de controle de constitucionalidade de forma, efetivamente, reverente ao legislador.

No que concerne à perspectiva procedimental da fiscalização de constitucionalidade, diferentemente da experiência norte-americana – onde tradicionalmente se atribuiu natureza declaratória e efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade – o modelo austríaco, projetado por Kelsen, confere à decisão natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos. Assim, ficam preservados os efeitos produzidos pela norma antes do reconhecimento da sua inconstitucionalidade<sup>29</sup>.

O paradigmático jurista, por outro lado, ao invés de seguir o modelo difuso de fiscalização de constitucionalidade esposado pelos EUA, opta pelo modelo concentrado em que apenas o Tribunal Constitucional – e não todo e qualquer juiz e Tribunal – tem competência para a invalidação de uma lei por inconstitucionalidade. Kelsen idealiza e estrutura o Tribunal Constitucional como simples “legislador negativo” com o objetivo de restringir a sua atuação no controle de constitucionalidade a uma exclusiva análise da questão de direito subjacente.

Nesses termos, a fiscalização se reduziria à análise da compatibilidade, em tese, entres normas jurídicas precisas. Portanto, excluído o conhecimento de factos e interesses

---

<sup>28</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 33.

<sup>29</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *O STF e o Dogma do Legislador Negativo*. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo9.pdf>. Acesso em: 17/11/2016.

concretos, o que seria inevitável caso o Tribunal usasse como parâmetros de controle princípios constitucionais abertos<sup>30</sup>.

É cediço que o artífice austríaco do controle concentrado de constitucionalidade não negava a importância da análise do panorama prático para a concretização de princípios constitucionais abertos. Contudo, admitia que nesta circunstância há clara dimensão criativa na concretização da Constituição (atuação como “legislador positivo”). Nesse cenário, o Tribunal Constitucional deveria deixar esse espaço livre para o exercício da função típica atribuída ao legislador<sup>31</sup>.

Não paira controvérsia, diante de todo o exposto, que o conceito de “legislador negativo” foi concebido dentro de balizas democráticas. Portanto, a fiscalização de constitucionalidade deveria se dar apenas através do manejo de normas constitucionais precisas como normas de referência (parâmetro de controle).

Em suma, a utilização de normas de menor dimensão hermenêutica atuaria como relevante instrumento de autorrestrrição judicial<sup>32</sup>, enquanto o uso de princípios abertos transformaria o órgão de jurisdição constitucional em “legislador positivo”, gerando inevitável usurpação de função legislativa.

Assim, resta assente que Kelsen atuou como artífice de um modelo de jurisdição constitucional “minimalista”<sup>33</sup>. As balizas limitadoras da atuação do Tribunal Constitucional, propostas pelo referido jurista, impediam o controle de constitucionalidade fundado em norma-princípio – dotada de ampla vagueza e abstração – como parâmetro.

Insta destacar, por derradeiro, que o rechaço à utilização de normas abertas como norma paradigma encontra amparo no uso mecânico do princípio da separação dos poderes<sup>34</sup> e dos seus corolários, quais sejam: discricionariedade legislativa, presunção de constitucionalidade e doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. “A garantia jurisdicional da Constituição.”. Em: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>31</sup> PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 85/86.

<sup>32</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção” Em: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010, p. 161.

<sup>33</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 25-35.

<sup>34</sup> Mas será que afastar a utilização de princípios abertos como parâmetro da fiscalização de constitucionalidade a partir da invocação do princípio da separação de poderes (também de caráter plástico) não seria contraditório? Será que o referido princípio é detentor de apenas uma perspectiva hermenêutica? Deixemos essa pergunta para ser respondida, em outro momento, pelo leitor.

<sup>35</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, p. 229-266.



O cenário apresentado acima, contudo, destoa do atual estado da arte da jurisdição constitucional.

Explico. Parece-nos inconciliável – diante de todo o exposto – com a tradicional noção de legislador negativo um ambiente constitucional albergador de modernas técnicas de decisão na fiscalização de constitucionalidade, tal como a interpretação conforme a Constituição.

Ademais, diante do evidente prisma criativo das decisões jurisdicionais e da crescente utilização de princípios – dotados de ampla abstração e vagueza – como fundamentos para a invalidação de normas jurídicas, nos parece distante a noção originária de legislador negativo.

O Tribunal Constitucional quando se vale de normas-princípio, de cariz notadamente abstracto, como parâmetro da fiscalização de constitucionalidade e, no bojo da mesma decisão, invoca sua competência como mero legislador negativo, se aproxima da tônica de algumas relações amorosas modernas.

O cônjuge escreve linda declaração de amor, mas reiteradamente – e à luz do dia – trai o consorte. Na maior parte das vezes, o cônjuge traidor não assume a culpa cristalina e continua repetindo a conduta e, ainda, produzindo outras cartas reafirmado seu amor. Esse é o contexto da atual jurisdição constitucional.

Nessa representação jocosa, a carta de amor representa a invocação do dogma do legislador negativo no bojo das decisões no âmbito da jurisdição constitucional com evidente ímpeto criativo. E a traição se dá, a olhos vistos, quando o Tribunal Constitucional julga moldando princípios dotados de ampla plasticidade hermenêutica.

Há uma clara incongruência entre o papel e a realidade. As decisões em sede de controle judicial de constitucionalidade reiteradamente invocam o axioma do legislador negativo, mas são alicerçadas em normas plásticas (princípio da igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, dentre outros) sujeitas a modelagem de maior agrado da Corte contramajoritária. Contudo, essa dinâmica é incompatível com o significado originário de legislador negativo e com a necessária reverência aos órgãos dotados de legitimidade democrática.

#### **4. CONCLUSÃO**

Como alinhavado acima, resta clara a contradição entre o emprego do conceito originário de “legislador negativo” e o manejo de princípios constitucionais dotados de ampla

plasticidade hermenêutica como parâmetros da fiscalização de constitucionalidade. Diante de todo o exposto, o mais acertado a fazer é dar adeus ao axioma do legislador negativo ou lê-lo através de novas lentes.

O Tribunal Constitucional, criado pelo jurista austríaco, desde o berço, como reverente aos poderes majoritários e contidos na prestação da jurisdição constitucional, chega à maturidade com novos projetos e ideais de vida. É infrutífera a tentativa de obrigar o adulto inovador, idealista e criativo a atuar novamente como criança disciplinada e obediente.

O Tribunal Constitucional, hoje, se vale de todas as potencialidades (competências) que lhe foram atribuídas pelos preceitos constitucionais. Essa atuação, entretanto, acaba redundando no extravasamento da atuação jurisdicional para além do recipiente previamente concebido.

O esvaziamento do dogma austríaco do legislador negativo e surgimento de uma atuação criativa dentro da ordem jurídica subjacente são traços característicos desse cenário que vem sendo ilustrado nos últimos anos.

Todavia, o quadro pintado acima carece, ainda, de correções em alguns traços evados de imperfeição.

Portanto, diante do atual estado da arte, resta à doutrina fixar parâmetros de conduta para o Tribunal Constitucional quando da fiscalização de constitucionalidade pautada em normas-princípio. Esses pretensos parâmetros funcionariam como bússola interpretativa dos dispositivos constitucionais e mecanismos de restrição à atuação jurisdicional.

Com efeito, se é verdade que, em sentido amplo, todas as decisões são interpretativas<sup>36</sup> também é igualmente verdade que essa interpretação não pode ficar ao alvedrio das conjecturais ideológicas, morais e pré-compreensões de juízes não eleitos, apenas.

Em suma, a fixação de balizas para a atuação criativa dos Tribunal Constitucional se faz necessária diante do atual ambiente de jurisdição constitucional.

O leitor pode estar se perguntando onde estariam (ou quais seriam) essas seguras balizas hermenêuticas. Essa também continua sendo a minha dúvida.

---

<sup>36</sup> CRISAFULLI, Vezio. “Le Sentenze “Interpretative” della Corte Costituzionale”. Em: *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, V, Milano, 1969, p. 2872

## 5. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1964.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. *O STF e o Dogma do Legislador Negativo*. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo9.pdf>. Acesso em: 17/11/2016.

CALDWELL, Peter. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutionalism: the Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durhan: Duke University Press, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade”. Em: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, julho, 1991, p. 363.

CRISAFULLI, Vezio. “Le Sentenze “Interpretative” della Corte Costituzionale”. Em: *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, V, Milano, 1969.

DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre”. Em: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 91-116, jul./set. 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção”. Em: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

KELSEN, Hans. “A garantia jurisdicional da Constituição”. Em: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?*. Saraiva: São Paulo, 2010.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

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

MOREIRA, Vital “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”. Em: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995.

POWEL JR., Lucas A. *The Supreme Court and the American Elite: 1789-2008*. Cambridge: Harvard University Press, 2009

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial”. Em: *Quaestio Iuris*, v. 6, n.º. 2, 2013.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review". Em: *Yale Law Journal*. v. 115 (6), 2006.