

## **A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO LEGISLADOR POSITIVO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Ricardo Muciato Martins\*

MARTINS, R. M. A atuação do supremo tribunal federal no controle de constitucionalidade como legislador positivo e o princípio da proporcionalidade. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da UNIPAR*. Umarama. v. 11, n. 1, p. 25-44, jan./jun. 2008.

**RESUMO:** Este artigo investiga a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis e os princípios da dignidade do homem e da razoabilidade. Discute a possibilidade de a Corte atuar como legislador positivo no controle de constitucionalidade para a garantia da dignidade do homem, observando o princípio da razoabilidade. Analisa eventual ofensa ao princípio da “separação dos poderes” pelo Supremo Tribunal Federal e o conceito atual deste princípio. Finalmente, conclui pela possibilidade de este Tribunal criar normas gerais, utilizando as chamadas sentenças aditivas.

**PALAVRAS-CHAVE:** controle de constitucionalidade, separação dos poderes, legislador positivo, proporcionalidade, dignidade humana.

### **THE PROCEDURES OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT ON CONTROLLING THE CONSTITUTIONALITY AS A POSITIVE LEGISLATOR AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY**

**ABSTRACT:** This article investigates the procedures of the Supremo Tribunal Federal on controlling the constitutionality of laws and the principles of human dignity and reasonableness. It discusses the possibility of the Court acting as a positive legislator in the control of constitutionality so as to ensure human dignity, observing the principle of reasonableness. It analyzes possible affront to the principle of “separation of powers” by the Brazilian Supreme Court as well as the current concept of such principle. Finally, it concludes on the possibility of this Court to create general rules by using the so-called additive sentences.

**KEYWORDS:** Control of Constitutionality. Separation of Powers. Positive Legislator. Reasonableness. Human dignity.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito das Relações Públicas, Advogado e Professor de Direito Constitucional da UNIPAR.

## 1. INTRODUÇÃO

Dentre as grandes questões atualmente debatidas pelos estudiosos da Ciência Jurídica, uma deve ser acrescentada, que é a possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, no controle de constitucionalidade.

Este trabalho procura analisar, por meio da pesquisa de julgados da Corte acima citada, doutrina, artigos científicos etc., quais os argumentos invocados para impedir que o Supremo Tribunal Federal atue como legislador positivo e a adequação de tais alegações.

Dentre os argumentos identificados, dois merecem atenção por seu calibre e coerência, quais sejam: o princípio da “separação dos poderes” e a falta de legitimidade, os quais serão o mote das assertivas a seguir, dispensando-se o estudo dos demais em razão de sua fragilidade, os quais, no entanto, podem ser objeto de futura pesquisa.

O objetivo principal é demonstrar que, sem a pretensão de se tornar um órgão legislativo, iniciando-se uma ditadura do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal pode e deve alargar sua competência, com legitimidade e legalidade (constitucionalidade), para atuar como legislador positivo no controle de constitucionalidade, respeitados os limites do razoável, garantindo-se o exercício de direitos humanos fundamentais mais elevados, dentro de uma análise axiológica dos mesmos, notadamente a tão festejada dignidade da pessoa humana, dogma do Direito Constitucional alemão.

### 1. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O conceito de controle de constitucionalidade não é estranho a nenhum manual ou curso de Direito Constitucional, e, pequenas discussões à parte, que não interferem no desenvolvimento deste trabalho, semelhantes entre si. Polêmica maior existe quanto à sua execução, extensão, efeitos e outros assuntos correlatos. Para nortear este trabalho, por razões várias, optou-se por uma que merece especial respeito, que é a definição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem:

Controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais

– respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico. (2005, p. 34)

Historicamente, a doutrina é pacífica em afirmar que o Brasil tem adotado, como mecanismo principal de controle de constitucionalidade, o jurisdicional concentrado, não descuidando das demais formas - o controle jurisdicional difuso e o controle político - como auxiliares.

O controle de constitucionalidade, por isto, concentra-se no órgão máximo do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, competente para o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (MORAES, 2004) ou representação interventiva e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ainda, atua no controle incidental ou difuso de constitucionalidade quando do julgamento de recurso extraordinário, ação civil pública (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007), mandado de segurança ou qualquer outro pedido em ação judicial que, excepcionalmente, por via de defesa, acabe exigindo manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo. Isto tudo, sem descuidar da proteção dos direitos subjetivos, os quais não possuem um instrumento único para sua defesa, mas vários, como o habeas corpus, o habeas data, e mesmo o mandado de segurança e o mandado de injunção, dentre outros.

A classificação estanque, no entanto, do controle judicial em concentrado, de tipo austríaco, e difuso, de tipo norte-americano, atualmente não serve mais, como observam MENDES, COELHO e BRANCO:

Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v.g., o sistema brasileiro e o sistema português).

É certo, por outro lado, que o desenvolvimento desses dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos (2007, p. 957).

Ainda, não se pode afirmar que o controle incidental é sempre do tipo difuso, podendo o mesmo se concentrar em uma Corte Suprema. Quando o incidente de inconstitucionalidade ocorre, a Corte Suprema é provocada a solucioná-lo.

O Supremo Tribunal Federal, ao realizar o controle de constitucionalidade em todos os momentos acima descritos, orienta-se por certos dogmas, tais

como não poder atuar de forma preventiva, mas apenas repressiva, não poder atuar como legislador positivo, mas apenas negativo, a impossibilidade de apreciar as questões interna corporis das Casas Legislativas, dentre outros.

Ao restringir sua atuação à forma repressiva, ou seja, após a prática do ato impugnado ou da entrada em vigor da norma, não vislumbra algumas situações práticas como a possibilidade de parlamentar, impedido de participar da discussão e votação de projeto de lei, impetrar mandado de segurança para garantir-lhe este direito líquido e certo; ou mandado de segurança para impedir a aprovação de projeto de lei que contrarie direito fundamental da pessoa humana.

Deferido o writ pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo representará a prevenção de uma futura inconstitucionalidade formal ou substancial. Esta atuação, muito embora deva ser reservada apenas a situações extravagantes, é inerente à Corte Suprema e precisa ser enfrentada com naturalidade, de forma a que venha assumir plenamente suas atribuições constitucionais.

Esta hipótese serve para evidenciar a necessidade de se flexibilizarem algumas posições do Supremo Tribunal Federal, segundo critérios objetivos e subjetivos, mensuráveis e compatíveis com o atual grau de evolução e respeito aos direitos fundamentais.

Hans Kelsen, discutindo a possibilidade do juiz como legislador, traz à baila a dicotomia entre flexibilização e segurança jurídica, afirmando que:

Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Esse sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais (1999, p. 279).

Ao final do desenvolvimento deste pensamento, Kelsen afirma que: “A verdade está no meio” (1999, p. 283).

Lidar com critérios subjetivos não pode intimidar o Supremo Tribunal Federal, posto ser este o seu cotidiano, em razão de sua natureza política (não partidária) e ideológica. O enfrentamento do subjetivismo pelos operadores do Direito se apresenta com mais freqüência a cada dia, parecendo superada a era da codificação. Autores brasileiros, nos mais diversos ramos do Direito, introduzem uma nova gama de conceitos que impõe essa discussão, como por exemplo,

Cândido Rangel DINAMARCO, na já clássica obra “A instrumentalidade do processo”, ao expor a compreensão de um devido processo legal não apenas formal, mas material (1996); Luiz Fernando COELHO com a “Teoria Crítica do Direito”; Miguel REALE e a “Teoria Tridimensional do Direito”; além de autores estrangeiros, como Luigi FERRAJOLI em “Teoria Geral do Garantismo”; Robert ALEXEY, com sua Teoria Estrutural (Teoria de los derechos fundamentales) e a discussão acerca da colisão de princípios; ou Carlos COCCIO, em uma abordagem sociológica do Direito, com a “Teoria Ecológica do Direito”.

No controle de constitucionalidade, a flexibilidade do julgador é uma necessidade, que nem mesmo lhe é estranha, bastando para isto verificar as situações em que o Supremo Tribunal Federal realiza a interpretação das normas infraconstitucionais, para dar-lhes uma interpretação conforme a Constituição.

O princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade das normas impõem ao Supremo Tribunal Federal a função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, adequando-o à Constituição Federal. Esta interpretação somente é possível, também, quando a norma infraconstitucional apresentar vários significados, desde que haja “espaço de decisão” (CANOTILHO, 1993, p. 230) ou interpretação, ou seja, algumas propostas interpretativas condizentes e outras não-condizentes com a Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, sabedor das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, procura evitar ao máximo esta situação. Somente quando impossível interpretar a norma, deixando-a conforme a Constituição, é que a mesma é declarada inválida. Retirar uma norma do ordenamento jurídico por meio da declaração de inconstitucionalidade tem por conseqüência a insegurança jurídica, causando, em maior ou menor grau, instabilidade social.

Sempre que viável, assim, o Supremo Tribunal Federal deve realizar a interpretação conforme a Constituição das normas infraconstitucionais para estabelecer uma única como possível, quando as demais formas levam à inconstitucionalidade; para excluir, das várias formas de interpretação, uma que torna a norma inconstitucional; ou para reduzir, do texto da norma, parte que não aceita interpretação conforme a Constituição, salvando todo o restante de seu texto (MORAES, 2004).

Quando a declaração de inconstitucionalidade é a única solução que se apresenta, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá “[...] por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, conforme redação do artigo 27, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Essa é uma intervenção ideológica, para Ives Gandra MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES, que autoriza o Supremo Tribunal Federal:

[...] em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v. g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional (2001, p. 323-324).

Assim, pode o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de uma lei, mas manter sua aplicação por razões políticas e ideológicas: é a chamada declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (MENDES, 1999).

Ao realizar esta interpretação conforme a Constituição ou decidir sobre o momento em que uma norma inconstitucional deixará de ter eficácia, o Supremo Tribunal Federal esta sendo sensível aos princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais, regras gerais de Direito Constitucional etc..

## **2. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOMENTE COMO LEGISLADOR NEGATIVO**

O Supremo Tribunal Federal apresenta o princípio da “separação dos poderes” e sua falta de legitimidade como principais argumentos a favor de sua atuação apenas como legislador negativo e não positivo.

Hans Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito”, afirma que a Corte Constitucional deve reservar-se ao papel de analisar a validade da norma infraconstitucional, criada pelo Poder Legislativo, não lhe cabendo a produção das normas gerais, mas apenas das normas individuais. A Corte Constitucional deve depurar a produção legislativa, determinando quais normas são válidas em face da Constituição, não sendo, no entanto, a invalidez da norma efeito da Constituição, mas da decisão do legislador negativo. Pode, na visão de Kelsen, uma norma inconstitucional ser válida, caso o legislador negativo não a fulmine com a decisão de inconstitucional, o que pode se verificar na prática, pela redação do artigo 27, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1.999, já transcrito.

Adotando este entendimento, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que “O controle da constitucionalidade das leis não atribui ao Poder Judiciário

funções de legislador positivo” (Ação Direita de Inconstitucionalidade. Agravo Regimental n. 2554/DF, de 16/05/2002).

Como se sabe, o controle normativo abstrato qualifica-se como instrumento de preservação da integridade jurídica da ordem constitucional vigente. A ação direta, enquanto instrumento formal viabilizador do controle abstrato, traduz um dos mecanismos mais expressivos de defesa objetiva da Constituição e de preservação da ordem normativa nela consubstanciada. A ação direta, por isso mesmo, representa meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada, que enseja, ao Supremo Tribunal Federal, o desempenho de típica função política ou de governo, no processo de verificação, em abstrato, da compatibilidade vertical de normas estatais contestadas em face da Constituição da República. O controle concentrado de constitucionalidade, por isso mesmo, transforma o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo. (Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.062/DF, de 11/03/2004).

Essa é já tradicional jurisprudência do Supremo (v.g., Representação n. 1.451-7-DF (RTJ 127/789-808): “A jurisprudência desta corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte da lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo.”). (Recurso Extraordinário n. 370.590/RJ, de 21/09/2005).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, na realização do controle de constitucionalidade, assume a função de legislador negativo, como órgão refinador da experiência normativa brasileira, agindo de forma racional e pragmática, pesando o impacto da ampliação dos efeitos para além dos limites da lide, de forma a adequar o princípio da supremacia da Constituição aos critérios de justiça e postulados da estabilidade das relações jurídicas e da segurança jurídica.

Quanto ao princípio da “separação dos poderes”, a Corte Suprema o entende como um limite que, caso superado, faria invadir função que não lhe cabe, qual seja, a legislativa o que leva ao seguinte argumento, apresentado pelo Supremo Tribunal Federal: sua falta de legitimidade para praticar a atividade legislativa, reservada àqueles que exercem cargos eletivos, como legítimos representantes do povo.

### 3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO

O positivismo e normativismo de Kelsen, ainda que abrandado pelo mesmo ao longo de sua vida, merece revisão. Os benefícios de uma abordagem pura do Direito já foram de longa data incorporados à Ciência Jurídica, não havendo razão para não se descartar os aspectos negativos de sua teoria, que na prática não produziram resultados satisfatórios.

A dinâmica social exige um posicionamento diferente em relação a certas formas de fazer e pensar, até então pacificadas ou inalteradas a longo tempo. Conceitos como “separação de poderes”, legitimidade e codificação do Direito devem ser revistos à luz das novas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e princípios constitucionais cada vez melhor compreendidos, ainda que implícitos no texto constitucional, como o da proporcionalidade ou razoabilidade.

A separação das funções do poder, conforme estudada por Montesquieu, em sua obra “Do Espírito das Leis”, no capítulo intitulado “Da Constituição da Inglaterra”, em momento algum afirma que a dita separação deva ser orgânica, cada função devendo ser exercida de forma exclusiva por uma entidade diferente. A separação das funções, ao contrário, deve obedecer aos critérios da harmonia e independência, a fim de se criar um sistema de freios e contrapesos. Mas a separação é de ordem formal e cada órgão exerce uma função que lhe é preponderante. Todos os órgãos exercem todas as funções, tendo uma como principal.

MENDES, COELHO e BRANCO afirmam que:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. (2007, p. 146)

A própria Constituição Federal brasileira de 1988, afirma, no parágrafo único de seu artigo 1º, que “Todo o poder emana do povo [...]”, utilizando-se de um artigo definido, no singular, para fazer referência ao poder. Existe apenas um poder, e este tem por único titular o povo, que o exerce diretamente ou por seus representantes. A titularidade do poder jamais deixa de estar com o povo,

que concede o exercício, quando muito, aos seus representantes. Também não existem “poderes”, mas “o” poder, definido, uno e indivisível.

Melhor seria denominar a teoria como “separação das funções do poder”, posto que o poder exerce várias funções, além, inclusive, daquelas três citadas no artigo 2º da mesma Constituição. O artigo 2º deve ser compreendido apenas como referência a uma forma de organização em que as entidades que exercem funções do poder são independentes, mas atuam de forma harmônica. Às funções legislativa, executiva e judiciária, devem se somar as funções do Ministério Público, como titular da ação penal pública, fiscal do respeito aos direitos difusos e coletivos por meio do inquérito civil público e da ação civil pública, as funções dos Tribunais de Contas, do Banco Central, cuja independência deveria ser efetivamente implementada etc.

Sendo assim, garantida a harmonia e independência entre os órgãos incumbidos de exercerem as funções do poder, bem como o sistema de freios e contrapesos, é disparate alegar usurpação de funções do Legislativo pelo Judiciário. Caso assim fosse, a mesma denúncia cabe ao fato de o Poder Judiciário poder participar do processo legislativo, apresentando projetos de lei, alguns de sua iniciativa privativa. Também haveria usurpação de funções pelo fato de o Judiciário poder produzir súmula com efeito vinculante “[...] em, relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei [...]” (artigo 103-A da Constituição Federal brasileira de 1988).

Por fim, em razão de que esta discussão fica circunscrita a uma interpretação subjetiva dos limites de atuação do Poder Judiciário, a solução encontra-se em uma abordagem racional e pragmática que, entende-se, autoriza o Supremo Tribunal Federal a atuar como legislador positivo.

Quanto à falta de legitimidade do Judiciário, a questão se concentra em conceituar o termo legitimidade. A legitimidade, entendida como consenso da maioria, é limitada e falha. O Estado de Direito não deve ficar à mercê de casuais consensos produzidos por eventuais maiorias, sob a alegação de que ali se manifesta a soberania popular.

A Ciência Jurídica contenta-se com a legitimidade legalizada, ao ter como objeto de análise o Direito válido, mas esta forma de perceber a legitimidade não é a única ou a melhor. A Sociologia Jurídica trabalha com o conceito de legitimidade eficaz, verificando qual é a legitimidade eficaz e a coincidência ou não desta com a legitimidade localizada. A Filosofia do Direito concentra-se na legitimidade justa, por ter, a seu ver, como zona de trabalho, o direito justo, tecendo críticas tanto ao direito válido quando ao direito eficaz.

A legitimidade deve ser compreendida como a interação entre o con-

senso e a racionalidade por adequação aos fins, ou seja, o máximo de consenso com leis que atingem seus fins, que produzem os resultados esperados.

Niklas Luhmann explica a legitimidade pelo procedimento, enquanto Max Weber trabalha com a legitimidade pelo resultado, que são conceitos mais sofisticados que a legitimidade pela maioria, merecendo, no entanto, uma melhor atenção, o conceito de legitimidade pelo discurso, de Jürgen Habermas (CADEMARTORI, 1999).

Para Habermas, não basta o fato de uma decisão ser legal para ser legítima. As decisões, os procedimentos formais e os conteúdos devem ser justificados mediante razões, para serem considerados como legítimos. É possível fundamentar as pretensões de validade normativa, motivando racionalmente sua aceitação, por meio do discurso, caracterizado por uma comunicação emancipada da experiência e despreocupada com o agir, não submetida à limitação alguma de participações, temas e contribuições convenientes, para constatar as pretensões de validade, na qual não se inclui outro motivo do que aquele da busca cooperativa da verdade. Legitimidade é a qualidade de um ordenamento normativo pelo qual este possui força moral para ser reconhecido e obedecido (CADEMARTORI, 1999).

As normas adquirem legitimidade, segundo Habermas, se for o resultado de um acordo subjetivo, fruto, por sua vez, de um processo de diálogo (intercâmbio público de razões) acontecido sob condições ideais, isto é, sob condições que por sua vez estão legitimadas. O diálogo, em condições ideais, é, pois, o pressuposto, a condição de validade, de toda legitimidade. A legitimidade ou validade moral de uma norma está legitimada pelo consenso e o acordo, que são legitimados pelo diálogo, legitimado, por sua vez, pelas condições ideais de comunicação. Ou seja, as condições ideais de comunicação legitimam o diálogo que, por sua vez, legitima o acordo e o consenso, por sua vez legitimadores da validade moral de uma norma.

Uma norma criada pelo Judiciário pode ser considerada legítima, não apenas pelo consenso, mas pelo procedimento, resultado ou discurso, sendo certo que na prática a preocupação pela legitimidade se mostra inexistente, posto que, pelos critérios habermasianos, não se vê a mesma presente nos atos do Poder Legislativo ou Executivo.

Sérgio Cademartori, por sua vez, afirma que o modelo garantista de legitimidade, que avalia o poder de acordo com critérios postulados por valores superiores e externos ao Estado, assegura a manutenção da tarefa do poder como estrutura voltada à satisfação dos interesses da sociedade, e, nesta medida, é uma teoria mais apta ao julgamento da instância política.

Conclui-se, desta forma, que em uma visão pragmática, sabendo que, nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos (2000), o Poder Legislativo brasileiro é visto

com descaso, ou por se mostrar subserviente ou corrupto, e que este não é um problema típico brasileiro, cabendo cada vez menos ao Legislativo a edição de normas, posto que não as produz na quantidade e qualidade desejável, a função legislativa é entregue ao Poder Executivo, que, também, as teorias acima afirmam não possuir legitimidade para tanto. Na situação brasileira, no entanto, o Executivo assume essa atribuição, da qual se desincumbe editando medidas provisórias.

Lembre-se, neste ponto, que o parlamento, inicialmente, na Inglaterra, não possuía a função legislativa, cabendo-lhe a fiscalização da atividade tributária e orçamentária do monarca. Talvez fosse o caso de se repensar o retorno do Legislativo às suas origens.

A crise de legitimidade, e governabilidade (FERREIRA FILHO, 1995), não está restrita ao governo brasileiro, mas se mostra uma crise global. Nos Estados Unidos da América, com espanto, viu-se a posse de um candidato a Presidente da República que, pela soma dos votos, terminou em segundo lugar nas eleições; em países da Europa, principalmente França e Alemanha, tentativas de reformas na legislação, que pretendem reduzir direitos sociais para tornar a economia desses países mais eficiente, são buscadas pelos governantes, sob a oposição indignada de grande parte da população; governantes, cujas pesquisas de opinião indicam baixíssimos índices de aprovação; governantes latino-americanos, em meio a decisões autoritárias, buscando a legitimidade por meio de consultas populares, implementando uma democracia apenas formal, de fachada.

Ademais, não pode ser questionada a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para a edição de normas gerais, se o poder constituinte, derivado de emenda, autoriza, por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a mesma Corte, de:

[...] ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei

Aqui, mais um conceito se torna necessário, que é o do produto da atividade do Supremo Tribunal Federal, como legislador positivo, sabendo-se desde já que lei, em sentido estrito e formal, é apenas o resultado do procedimento legislativo, com a participação dos representantes eleitos pelo povo, ou seja, norma jurídica aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, ou

tendo o veto, do Presidente da República, derrubado.

O que o Supremo Tribunal Federal irá produzir, desta feita, não será texto de lei formal, em sentido estrito, mas norma jurídica em sentido amplo. Eros Roberto Grau, citando François Géný, afirma:

As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação, que é atividade jurisdicional (2004, p. 9).

Humberto Ávila, por sua vez, também ressalta que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (2004, p. 22).

Ainda, tanto súmulas vinculantes como possíveis normas surgidas da atividade legislativa do Poder Judiciário, ao desempenhar o controle de constitucionalidade, não vinculam o Poder Legislativo, que a todo o momento pode rever a matéria, legislando de forma diversa sobre o tema.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - o Procurador-Geral da República;
- V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI - o Defensor Público-Geral da União;
- VII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006).

O que não pode ocorrer é que o Judiciário deixe de cumprir, muito mais

que uma função constitucional, um dever para com a República, de prestar jurisdição. Ao se imiscuir de solucionar conflitos que, pelo fato de chegarem à mais alta Corte, envolvem questão de ordem constitucional e, possivelmente, lesão a direito fundamental, o Supremo Tribunal Federal está deixando de observar o que temos de mais importante, os valores que fundamentam a República Federativa do Brasil (a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político) e os objetivos que deve atingir (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), estabelecidos nos artigos 1º e 2º da atual Constituição Federal brasileira de 1988.

#### **4. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E A COLISÃO DE PRINCÍPIOS**

Sendo assim, entendendo a legitimidade como um conceito polêmico, e que pode ser atribuída às decisões do Supremo Tribunal Federal em razão de o poder constituinte originário ter lhe entregue a função de guardião da Constituição; pelo fato de que suas decisões não vinculam o Poder Legislativo (súmula vinculante e possível atividade legislativa positiva); por ser, a Corte Suprema, composta por Ministros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal; por não estar produzindo texto de lei, norma em sentido estrito, mas apenas em sentido amplo, ao cumprir função hermenêutica; e não existir ofensa ao princípio da “separação das funções do poder”, não existe justificativa para que o Supremo Tribunal Federal se sinta inibido para atuar como legislador positivo.

Porém, esta atuação, como já frisado, não pode se efetivar como o desempenho de uma função típica do Supremo Tribunal Federal, como a jurisdicional. Deve-se vislumbrá-la como a última possibilidade, o recurso derradeiro para a proteção efetiva dos direitos humanos mais elevados, a ser utilizado com parcimônia e critério.

Mas quais seriam ou qual seria esse critério?

Entende-se que a resposta está no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade para a garantia dos direitos humanos mais fundamentais, notadamente a preservação da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, representa o mínimo, invulnerável, de direitos e garantias fundamentais que se deve assegurar.

Fábio Konder COMPARATO informa que a definição de dignidade humana já foi dada no campo da religião, da filosofia e da ciência. Para a religião, decorre da idéia de um Deus único e transcendente, criador de tudo o que existe, que deu ao homem poder sobre todas as criaturas, colocando-o numa posição eminente na ordem da criação (2006). A filosofia, com a afirmação da natureza essencialmente racional do ser humano, coloca-o em uma posição singular e iminente, entre as outras criaturas, sendo que a principal indagação da filosofia é: – Que é o homem? O ser humano é tomado como seu próprio objeto de reflexão. A ciência, nas palavras de COMPARATO:

A justificativa científica da dignidade humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos, embora a primeira explicação do fenômeno, na obra de Charles Darwin, rejeitasse todo finalismo, como se a natureza houvesse feito várias tentativas frustradas, antes de encontrar, por mero acaso, a boa via de solução para a origem da espécie humana (2006, p. 04).

Finalizando seu pensamento, acrescenta COMPARATO que “O homem perfaz indefinidamente a sua própria natureza – por assim dizer, inacabada – ao mesmo tempo em que “hominiza” a Terra, tornando-a sempre mais dependente de si próprio” (p. 06, 2006).

Alexandre de MORAES, por sua vez, estabelece que:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (2003, p. 60).

José Afonso da Silva acrescenta, enfaticamente:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo

de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana” (1996, p. 106).

A Lei Fundamental da República Federal Alemã (Bundesverfassungsgereich), que também é no sentido da dignidade humana como um valor supremo, traz que:

## I. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### Artigo 1 - Dignidade do ser humano

1. A dignidade do homem é inatingível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de a respeitar e de a proteger.
2. Por conseguinte, o povo alemão reconhece ao ser humano direitos invioláveis, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
3. Os direitos fundamentais a seguir discriminados vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário como preceitos diretamente aplicáveis.

Reconhece-se, porém, que o termo dignidade humana importa em vários significados, mas também se reconhece a unanimidade quanto à supremacia deste princípio:

[...] referente fundamental das idéias de Justiça e Direito, tal como acham gravadas, há muitos séculos, em textos-monumento do velho Direito Romano: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi; Jus est ars boni et aequi*” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 145).

Os direitos fundamentais, assim como a dignidade humana, no entanto, não são absolutos. Todos esses direitos possuem limites, sendo que não podem ser utilizados, por exemplo, para encobertar a prática de delitos ou diminuir a

responsabilidade civil ou penal. Os limites acabam sendo os demais direitos fundamentais.

Não há como ignorar a colisão entre direitos fundamentais, cabendo reconhecer este fato e solucioná-lo por meio da interpretação dos mesmos, numa tentativa de harmonizá-los, utilizando-se o princípio da concordância prática ou harmonização. Isto se dá em razão de que, quando da colisão dos direitos fundamentais, não se pode simplesmente anular um em favorecimento do outro, cabendo sim uma redução proporcional de alcance em cada um dos direitos em conflito.

MENDES, COELHO e BRANCO, corroborando esta idéia, afirmam que:

Numa palavra, se bem entendemos, a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo (2007, p. 142).

Como valor supremo, a dignidade humana deve nortear a solução para a colisão de direitos fundamentais, reduzindo-se proporcionalmente o alcance de cada um.

A idéia de proporcionalidade, que também merece atenção, foi por Gilmar Ferreira MENDES, Ministro do Supremo Tribunal Federal, explorada desta maneira:

É possível que a aplicação do princípio da proporcionalidade configure um dos temas mais relevantes do moderno direito constitucional. A possibilidade de se proceder à aferição sistemática da razoabilidade das leis, especialmente daquelas de índole restritiva, introduz uma nova dimensão ao controle de constitucionalidade, exigindo inclusive um reexame da relação jurisdição constitucional e política (1999, p. 71).

O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, para o desenvolvimento deste trabalho, serão tratados como sinônimos, muito embora se compreenda que o termo proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) tenha surgido na Alemanha, enquanto razoabilidade (*Reasonableness*) seja de origem norte-americana, traduzidos pelo direito lusitano como princípio da proi-

bição de excesso.

No Brasil, no entanto, o conceito se tornou único, e a partir da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal o entende como:

[...] postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV). (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 319).

O princípio da proporcionalidade, além de se identificar com a proibição do acesso, também significa a proibição da proteção insuficiente, servindo como regra de ponderação entre direitos que se contrapõem e colidem, sendo cada vez mais evidente a preocupação do Supremo Tribunal Federal em sua utilização.

Para Luis Roberto BARROSO, “[...] é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça” (2003, p. 224).

A proporcionalidade determina a observância do devido processo legal substantivo, garantindo que ninguém pode sofrer restrições desproporcionais aos direitos fundamentais, seja em processo administrativo ou judicial.

É decorrência dele o princípio da adequação, que limita a atividade do poder público aos objetivos previstos na Constituição Federal brasileira de 1988; o princípio da exigibilidade ou da necessidade, que estabelece que o poder público deve escolher sempre, dentre os meios eficazes, o menos oneroso ao indivíduo; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que significa a relação de proporcionalidade entre a decisão normativa e a finalidade perseguida, avaliando-se se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

Willis Santiago Guerra Filho escreveu:

Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens (apud BARROSO, 2003, p. 228).

O fim almejado, citado por Barroso, de acordo com o grau de desenvolvimento atual dos direitos humanos, crê-se que deva ser identificado com a dignidade humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta maneira, cabendo ao Supremo Tribunal Federal o controle concentrado de constitucionalidade para declarar, em meio aos extremos da consti-

tucionalidade ou inconstitucionalidade das leis e atos normativos, a interpretação conforme a Constituição, deve o mesmo assumir o papel de legislador positivo.

O antigo dogma da “separação dos poderes” já se encontra superado pelo novo conceito de “separação das funções do poder”, assim como a ausência de legitimidade, cujo significado e conteúdo ainda cabem ser identificados e implementados, pois atualmente vive-se uma crise de falta de legitimidade dos governos e seus órgãos, sendo que o povo não se identifica com as estruturas do Estado e seus “representantes” eleitos ou nomeados.

Chegando até o Supremo Tribunal Federal questão constitucional que envolve o desrespeito a direito humano, não pode a Suprema Corte abster-se de dar a prestação jurisdicional (princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional), por importar a decisão em atividade legislativa positiva. Quando a falta de norma estiver ocasionando lesão à dignidade humana, em controle de constitucionalidade é obrigação do julgador criá-la, preservando valor constitucional supremo, que não pode ser ofendido por colidir-se com outro que, qualquer que seja, deve estar a ele submetido. Lembre-se que, caso este outro valor seja a dignidade de outro indivíduo, a obrigação do julgador é conformá-los, reduzindo proporcionalmente sua aplicação, o que deve ocorrer, também, quando a colisão for entre direitos fundamentais.

MENDES, COELHO e BRANCO quanto ao assunto, trazem que:

Neste contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juizes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais, em sede de controle de constitucionalidade (2007, p. 146).

As chamadas sentenças aditivas, verdadeira atividade legislativa positiva por parte do Poder Judiciário, não é novidade nem mesmo no Supremo Tribunal Federal, como se pode perceber do seguinte julgado exemplar:

Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo “chefia” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005,

do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação (Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, Distrito Federal. Publicada em 01 set. 2006).

Desta forma, é possível concluir-se, mais do que possibilidade, pela necessidade do Supremo Tribunal Federal, nas questões capitais que envolvem o respeito aos direitos humanos e garantia da vida digna, atuar dentro dos limites do razoável (proporcionalidade), como legislador positivo.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília**, 11 nov. 1999.

\_\_\_\_\_. Lei no 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília**, 20 dez. 2006.

CADEMARTORI, S. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina,

1993.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA FILHO, M. G. **Constituição e governabilidade**: ensaios sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, E. R. Prefácio. In: ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei no 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, C.-L. de S. **Do espírito das leis, ou sobre as relações necessárias das leis com a constituição de todo o país, os costumes, o clima, a religião, o comércio**. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [19--].

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.