ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, LEGITIMIDADE E CORTE CONSTITUCIONAL

FEDERAL SUPREME COURT, LEGITIMACY AND CONSTITUTIONAL COURT

Germana Parente Neiva Belchior*

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal, ao situar-se no ápice do Poder Judiciário, tem a competência da jurisdição constitucional, ficando em posição de proeminência em relação aos demais poderes. Os Tribunais Constitucionais são essenciais na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que lhes é atribuída a função de zelar pela aplicação de regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos. O presente artigo busca analisar o papel político-institucional do STF, verificar se ele é uma autêntica Corte Constitucional, e, ainda, esclarecer sobre a importância das suas decisões para a efetivação (ou não) de um Estado Democrático de Direito.
Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Legitimidade. Corte Constitucional.

ABSTRACT: The Federal Supreme Court of Brazil (STF), being the highest court in the structure of the Judiciary, has jurisdiction over matters involving the Constitution, thus acquiring a certain primacy if compared to Executive and Legislative branches. Constitutional courts are considered essential to democratic constitutionalism, as their role is to care about the rules and limits established by the Constitution in democratic regimes. Taking this into account, this paper intends to verify whether the Federal Supreme Court of Brazil is to be deemed as a Constitutional Court and assess the political and institutional role of the Federal Supreme Court and to clearly check the relevance of its powers and the consequences of its decisions to a democratic state of Law.
Keywords: Federal Supreme Court of Brazil. Legitimacy. Constitutional Court.

* Mestranda em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará – UFC. Especialista em Direito e Processo Trabalhista pela Faculdade *Christus*. Professora da Faculdade Christus. Advogada. Fortaleza – Ceará – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A importância do Judiciário, de acordo com o professor Paulo Bonavides[1], está em toda parte por indeclinável à sustentação de um sistema democrático, republicano e federativo, em normal correspondência com o Estado de Direito, do qual é uma das mais sólidas colunas de legitimidade.

O Supremo Tribunal Federal – STF pertence à cúpula da estrutura do Poder Judiciário brasileiro e tem a atribuição específica de interpretar a lei constitucional, colocando-se em posição de proeminência em relação a todos os demais poderes. Neste sentido, suas decisões repercutem profundamente na economia, na política e na sociedade em geral.

Os Tribunais Constitucionais são essenciais na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que lhes é atribuída a função de zelar pela aplicação de regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos.

Insta verificar se o STF, guardião da Constituição, é uma genuína Corte Constitucional, nos moldes dos Tribunais europeus, tendo competência precípua da jurisdição constitucional. Caso a resposta seja negativa, resta-nos, saber, portanto, ante a atual conjuntura do país, se é viável a criação de uma Corte Constitucional brasileira.

É necessário, ainda, analisar a legitimidade do STF à luz do papel institucional e político que exerce. O fato de sua composição e competência estarem previstas na Constituição de 1988, não significa que referida Corte seja legítima, pois legalidade e legitimidade não se confundem.

O tema, portanto, revela-se fundamental para analisar o papel político-institucional do STF e esclarecer sobre suas funções e consequências de suas decisões para a efetivação (ou não) de um Estado Democrático de Direito.

2 O STF E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 COMPOSIÇÃO E FORMA DE INGRESSO

O STF ocupa a ápice da estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Se-

1 BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial:** a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 74.

gundo o art. 101[2] da Constituição Federal, a Corte é composta de 11 (onze) ministros vitalícios, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Tem sede em Brasília – DF, e os ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Extrai-se da leitura do referido dispositivo que não é requisito que o cidadão venha da Magistratura, Ministério Público ou outra carreira jurídica, bastando tão-somente o "notável saber jurídico" e a "reputação ilibada".

Mister ressaltar que na Constituinte de 1988 foram discutidas várias propostas para alteração no processo de nomeação de Ministros, conforme alerta Gilmar Ferreira Mendes[3], mas acabou preservando-se o modelo já consagrado na história constitucional republicana.

2.2 COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA E DERIVADA

A *competência originária* está disciplinada no art. 102, inciso I, alíneas *'a'* até *'q'*, da Carta Magna, sendo, sem dúvida, a inscrita na alínea *'a'* a mais importante, ao prever que cabe ao STF processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Consoante Carlos Mário Velloso, esta é a competência maior do STF, pois "apenas essa competência poria o Supremo Tribunal em pé de igualdade com o Tribunal Constitucional alemão". [4]

É por meio da ação direta de inconstitucionalidade que o Supremo realiza o controle concentrado, guarda a Constituição, desenvolvendo-se num processo sem partes, com vistas à proteção da ordem jurídica, no qual não há litígio que diga respeito a direitos individuais.

O art. 102, inciso II, da Constituição, define a *competência recursal ordinária* do STF. Dispõe a alínea *'a'* do citado dispositivo que cabe ao Supre-

2 "Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal".

3 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

4 VELLOSO, Carlos Mario. O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192, p. 5, abr./jun., 1993.

mo Tribunal Federal julgar em recurso ordinário: *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão. Cabe, ainda, de acordo com o art. 102, inciso II, alínea *´b´*, recurso ordinário ao STF de decisões que tenham por objeto crimes políticos.

A matéria, em princípio, nada tem de constitucional. O recurso da decisão, proferida pela justiça federal de primeiro grau, sobe imediatamente ao STF. Segundo Velloso, isto não tem sentido. O crime político deve ser julgado pelo juiz federal e o recurso deveria ser para o Tribunal Regional Federal, com recurso especial para o STJ, e recurso extraordinário, se ocorrente o pressuposto constitucional, vale dizer, o contencioso constitucional. [5]

Em *recurso extraordinário*[6], o Supremo Tribunal exerce o controle difuso de constitucionalidade. Nos termos do art. 102, inciso III, compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal [7].

A combinação desses dois sistemas confere ao STF, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes[8], uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos vários processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas.

Assim, o STF ficou encarregado de várias questões que se afastam da sua função precípua de guardião da Constituição, como disposto no *caput* do art. 102, da Lei Maior, o que acaba prejudicando o desempenho da ju-

5 Idem, p. 11.

6 Até o advento da Constituição de 1988, o recurso extraordinário (controle difuso) era o mais importante processo de competência do STF, tanto no aspecto quantitativo quanto qualitativo. Este recurso é um remédio excepcional, desenvolvido segundo o *appeal* do direito americano e introduzido no Brasil pela Constituição de 1891. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

7 A alínea ´d´, do art. 102, inciso III, que trata da competência do STF em recurso extraordinário para julgar válida lei local contestada em face de lei federal foi introduzida pela Emenda Constitucional 45/04. Antes a competência era do STJ em sede de recurso especial.

8 MENDES, Gilmar Ferreira, Op. cit., p. 20.

risdição constitucional. [9] [10]

2.3 STF E FUNÇÃO POLÍTICA

Além da função jurisdicional, que está expressamente prevista na Carta de 1988, o STF, de acordo com o professor Francisco Gérson Marques de Lima, também exerce função política por:

> a) ocupar o ápice da pirâmide judiciária, umas das três funções básicas do princípio da separação dos poderes; b) as decisões do Judiciário são manifestações de índole política do Estado no desempenho da jurisdição; c) submetem-se a sua análise questões referentes à condução do país, ao comportamento de altas autoridades, à política econômica da nação, ao controle de constitucionalista de leis e atos normativos, etc.[11]

Acerca da função exercida pelo Judiciário, em especial o STF, afirma o professor José de Albuquerque Rocha que:

> em um sistema político-jurídico, quem tem a atribuição específica de interpretar sua lei constitucional, coloca-se em posição de proeminência em relação a todos os seus poderes. Converte-se, pois, em peça capital do sistema, em garantia das garantias dos direitos fundamentais, o que nos permitiria afirmar que no Brasil, a Constituição não é simplesmente a Constituição, mas a Constituição interpretada pelo Judiciário.[12]

9 VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal:** jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 129.

10 Oscar Vilhena destaca que a expansão da litigiosidade constitucional representa um paradoxo, trazendo também aspectos positivos. Tal fato demonstra que as pessoas têm se defendido, seja pelo controle difuso ou concentrado, ampliando a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão resolutor de conflitos de caráter constitucional. Outra questão refere-se à própria ideia de consolidação de Estado de Direito e do sistema de separação dos Poderes, já que os conflitos inerentes ao sistema político aberto estão, bem ou mal, sendo resolvidos com base na Constituição e por um órgão não só estabelecido com esse propósito, como estruturado e circundado de garantias para que possa ser suficientemente imparcial. VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal:** jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 226-227.

11 LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O* **Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. Fortaleza: ABC/Fortlivros, 2001. p. 29-30.

12 ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995. p. 70.

Uma verdadeira Corte Constitucional, nos moldes europeus, é um poder com atribuições não só jurídicas, mas também assumidamente políticas.[13]

Outro ponto importante acerca da função política, que é ressaltado por Gilmar Mendes[14], é o fato de o STF ter iniciativa exclusiva do Projeto de Lei sobre o Estatuto da Magistratura, que deve fixar as linhas básicas da Organização da Judicatura Nacional.

Apresentando-se as decisões judiciais um conteúdo político, uma vez que o juiz é um partícipe do processo de criação do direito e não um mero aplicador de suas normas, assim como ocorre com os outros Poderes, é necessário que haja um controle do Judiciário dos seus atos lesivos aos direitos fundamentais, o que, em última análise, significa pensar na criação de um controle da constitucionalidade dos atos judiciais.[15] [16]

3 ALGUNS ASPECTOS SOBRE LEGITIMIDADE

3.1 CONCEITO DE LEGITIMIDADE

É importante fazer um breve estudo sobre a legitimidade, para então adentrar na questão específica da legitimidade do STF. Tratar de legitimidade é compreender a justificação do poder, do direito de comandar. Aí surge aquela questão, se todos são iguais, por que um manda e o outro obedece? É exatamente a legitimidade quem responde a essa questão.

Francisco Gérson Marques de Lima faz uma evolução da legitimidade em sua obra sobre "O STF na crise institucional brasileira", mencionando que, em um primeiro momento, a legitimidade se fundava na ideia de um poder teocrático, na origem divina.[17]

A ruptura veio com Rousseau, amadurecendo na Revolução Francesa, no sentido de que a autoridade política só se justifica e se fundamenta na razão.

13 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 17.

14 MENDES, Gilmar Ferreira, Op. cit., p. 23.

15 ROCHA, José de Albuquerque, Op. cit., p. 78-79.

16 O professor Rochinha explica que, como o Judiciário é o controlador terminal da constitucionalidade dos atos de natureza legislativa, a criação de um controle sobre a constitucionalidade de seus próprios atos significar retirar-lhe esta função, ou seja, a função que tem atualmente de guardião da Constituição. (ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995. p.79).

17 LIMA, Francisco Gérson Marques de, Op. cit., p. 41.

3.2 LEGITIMIDADE E LEGALIDADE

Max Weber aproximou a legitimidade da legalidade, sob alegativa de ser esta o fundamento do exercício do poder. Já Kelsen tratou da legitimidade sob o âmbito de uma normatividade jurídica derivada da Constituição.[18]

A vinculação da legitimidade a mera legalidade significa anular política e socialmente a primeira, pois qualquer regime poderá se valer da legalidade para justificar o poder, não importando conteúdo, já é que devidamente legal. [19]

Legalidade, portanto, não se confunde com legitimidade. Segundo Gérson Marques, "o conceito de legalidade é mais jurídico (técnico-jurídico), enquanto o de legitimidade é mais político (político-jurídico ou ideológico)".[20]

Vale ressaltar que a falta de legitimidade de uma lei, não significa que ela seja ilegal. No Estado Democrático de Direito, entretanto, legitimidade e legalidade entrelaçam-se, uma dando base de sustentação para a outra, pois a primeira deve ser levada em consideração na concretização dos fins do Estado.

Não é qualquer norma oriunda do Poder Legislativo que é legítima. É preciso que ela obedeça à validade formal, ocupando a Constituição o ápice hierárquico, assim como estar em conformidade com os valores sociais e democráticos, pois, "os parlamentares não recebem mandato para legislar contra a própria sociedade nem para lhe castrar participação, porquanto isto representaria um contrassenso".[21]

3.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sendo o Estado Democrático de Direito, nossa fórmula política[22], segundo disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, Willis Guerra Fi-

18 Idem, p. 41.
19 Idem, p. 42.
20 Idem, p. 43.
21 LIMA, Francisco Gérson Marques de, Op. cit., p. 45.
22 Willis Guerra Filho explica que, para Pablo Lucas Verdú, fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 20.

lho afirma que toda interpretação do texto constitucional deve ser no sentido de conferir-lhe o máximo de eficácia, apresentando-se como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política. [23]

De acordo com Oscar Vilhena Vieira, cabe à democracia, de forma prioritária, "discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, sendo a regra da maioria um dos instrumentos essenciais para a realização da vontade democrática".[24]

A democracia, para Paulo Bonavides[25], é direito fundamental de quarta geração, oriunda do ordenamento republicano, em especial o *caput* do art. 1º, onde o constituinte qualifica por democrático o nosso Estado de Direito. Bonavides sustenta que, diante dessa previsão originária, a democracia é o mais valioso dos direitos fundamentais. Sem ela, a convivência, a informação, o consenso, o pluralismo não alcançariam, em relação ao bem comum, o sentido perfectivo nem o grau de importância que ora assumem.[26]

Joaquim Canotilho destaca que o princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador e os outros órgãos encarregados da concretização político constitucional "adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem sob a óptica de uma justiça constitucional nas vestes de uma justiça social".[27]

Diante dessas considerações, não restam dúvidas de que legalidade e legitimidade são conceitos diversos, embora interligados no Estado Democrático de Direito.

Apesar da ausência de norma expressa que consagre a República Federativa do Brasil como um Estado social e democrático de direito[28], nosso regime constitucional compromete-se, de forma implícita, a respeitar o princípio do Estado social.

23 GUERRA FILHO, Willis Santiago, Op. cit., p. 20.
24 VIEIRA, Oscar Vilhena, Op. cit., p. 25.
25 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 65.
26 Idem, p. 65-66.
27 CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 468.
28 Na Constituição Portuguesa, a previsão do Estado democrático de direito é expressa. Canotilho destaca que o art. 2º da Lei Maior de Portugal aponta como objetivo do Estado de direito democrático a realização da democracia econômica, social e cultural. CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 465.

4 ANÁLISE DO TESTE DE (I)LEGITIMIDADE DO STF [29]

Após tecer algumas considerações acerca da legitimidade, insta verificar se o STF, guardião da Constituição, é legítimo. Como vimos, o fato de sua composição e competência estarem previstas na Constituição de 1988 (além de legal, o Supremo é constitucional), não significa que referida Corte seja legítima. Nunca é demais ressaltar que legalidade e legitimidade não se confundem.

Insta salientar que a legitimidade não é fenômeno estático, que se contente com a manifestação em uma única vez. Trata-se de um processo contínuo e dinâmico, renovando-se a todo instante. Em relação ao STF, a legitimidade manifesta-se em três instâncias: ingresso, exercício e controle, como será analisado a seguir.

4.1 (I)LEGITIMIDADE DE INGRESSO[30]

Os membros do STF são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Isto viola o princípio democrático, na medida em que nos demais poderes a escolha é feita diretamente pelo povo, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição.

Gérson Marques explica que, para André Ramos Tavares[31], há legitimidade dos membros dos Tribunais Constitucionais, ao serem nomeados pelo Presidente da República, tornando-se vitalícios. Para o autor, isto se fundamenta na democracia indireta e no fato de que a vitaliciedade afasta a política partidária.

O professor Gérson Marques[32] adota entendimento contrário, defendendo a ilegitimidade de ingresso dos membros do STF porque as ideias

29 A expressão "teste de (i)legitimidade" é utilizada, de forma bastante didática, pelo professor Gérson Marques para analisar as três instâncias de legitimidade do STF, quais sejam: ingresso, exercício e controle. Referido teste será adotado no presente trabalho. LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O* **Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira.** Fortaleza: ABC/Fortlivros, 2001. p. 49-50.

30 Não se confunde com legitimidade inaugural. Esta decorre do regime democrático, onde todos os poderes se renovam, arrastando consigo a cúpula estruturante. O Poder Judiciário brasileiro, no entanto, não se submete a este teste de legitimidade.

31 LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira.** Fortaleza: ABC/Fortlivros, 2001, p. 47.

32 LIMA, Francisco Gérson Marques de, Op. cit., p. 48.

básicas da democracia repousam no governo da maioria, periodicidade dos governantes e participação popular.

Outrossim, ao STF cabe analisar a constitucionalidade de atos normativos que são realizados por representantes do povo, detentores de mandato popular (eleição direta). Se o acesso ao Judiciário se dá, em regra, por concurso público, é um paradoxo o fato de os julgadores da cúpula do Judiciário, órgão guardião da Constituição, serem escolhidos por critérios meramente políticos.

Um ponto interessante invocado pelo professor Gérson Marques[33] é que os transitórios (Presidente da República e Senadores) nomeiam os permanentes e vitalícios (Ministros da Corte). É interessante ressaltar que esta prerrogativa do Presidente da República acaba enfraquecendo a autoridade do STF para atuar na qualidade de censor dos atos do Executivo, sendo inconveniente para a intangibilidade dos direitos fundamentais.

A justificativa dada pelos ordenamentos jurídicos europeus para essa escolha política dos juízes das cortes constitucionais é a necessidade de garantia da legitimidade de seus membros, já que estes juízes não são eleitos pelo voto popular.[34]

O Judiciário, em especial o STF, ante sua origem não representativa, é o órgão menos indicado para o papel de intérprete da vontade do povo, consubstanciada na Constituição e, por consequência, censor do Legislativo. Consoante o professor Rocha, "é inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir, exprimir, compreender e dar significação a esta vontade".[35]

Impende salientar, nesse aspecto, que a composição política de um tribunal superior é terreno perigoso, e, por isso, demanda extrema cautela por parte da sociedade. A esse respeito, Corrêa[36] assinala que esse tipo de escolha dos membros dos tribunais superiores envolve articulação, interesse, pressão e o provável comprometimento do escolhido na esfera decisória.

Não é tarefa simples para os escolhidos sobreviver aos crivos e critérios da camada política e administrativa, já que não há ungido sem patrocínio. Logo, os patronos têm seus vínculos com o mundo material, e os

33 Idem, p. 51.
34 FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 28.
35 ROCHA, José de Albuquerque, Op. cit., p. 80.
36 CORRÊA, J. Rossini. **Crítica da razão legal**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 19.

escolhidos, "em débito eterno",[37] são tendenciosos a defender os interesses econômicos e políticos daqueles que os patrocinaram.

A origem não democrática do órgão guardião da Constituição tende a transformar-se em uma instituição distante do povo e próxima das elites.

4.2 (I)LEGITIMIDADE DE EXERCÍCIO

Refere-se à forma como o STF vem analisando as questões, mostrando o seu distanciamento das aspirações populares, o que o professor Gérson Marques chama de "miopia jurídico-social".[38]

Paulo Bonavides, ao tratar da crise constituinte, explica que o Judiciário também é atingido pela crise constituinte, que pode ser visualizada pelo ângulo da inviabilidade funcional da sua mais alta corte de justiça, que o Supremo Tribunal Federal – STF. Para o professor cearense, justiça morosa, deficiente e de má qualidade, com descumprimento de decisões judiciais pelo Executivo, agrava a insatisfação social, a impunidade e a denegação de justiça.[39]

É necessário, para Bonavides, "radicar na consciência do magistrado, como o primeiro de seus deveres diante da crise institucional, o dever de preservar a Constituição, de arrostar a insolência, a arrogância, o escândalo de poder e a insensibilidade do Executivo."[40]

Na mesma linha, Willis Guerra Filho[41] defende que a jurisdição constitucional vem sendo insatisfatoriamente exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Um Tribunal como o Supremo deveria decidir em maior conformidade com uma ética de *princípios* do que com uma ética de resultados, *consequencialista*. É a partir da sua interpretação da Constituição que deve o Tribunal derivar suas decisões. Não cabe a ele explorar eventuais consequências, em bases utilitárias, de uma ou outra decisão, para assumi-la como correta. Essa função foi entregue pela Lei Maior aos demais Poderes, que são responsáveis politicamente. A eles é dado o poder de escolher meios mais adequados para a satisfação do interesse público.[42]

37 Idem, p. 19.
38 LIMA, Francisco Gérson Marques de, Op. cit., p. 65.
39 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 43.
40 Idem, p. 119.
41 GUERRA FILHO, Willis Santiago, Op. cit., p. 17.
42 VIEIRA, Oscar Vilhena, Op. cit., p. 230.

Oscar Vilhena, ao analisar várias decisões do STF, constata uma "certa ambiguidade na atuação da instituição do Supremo Tribunal Federal, na medida em que adota critérios distintos para a tomada de decisões".[43]

Neste sentido, caso o Supremo se afaste da vontade da Constituição, substituindo-a pela de seus próprios Ministros, estará agindo de forma ilegítima, já que não foram escolhidos para exercer esse tipo de função e sequer a Constituição assegurou ao tribunal tais atribuições. [44]

4.3 (I)LEGITIMIDADE DE CONTROLE PELA SOCIEDADE

A legislação não disponibiliza à população instrumentos hábeis para controlar as decisões e atos do STF. Os remédios processuais acabam sendo inúteis, pois serão julgados no Judiciário, perante órgãos subordinados à Corte, quando não no próprio Supremo.

Adverte-nos o professor José de Albuquerque Rocha[45] que a ausência de controle externo ou político dos atos judiciais, segundo a doutrina clássica, reside no fato de considerar sua função de interpretar e aplicar o direito como uma atividade de natureza meramente técnica.

Se o princípio democrático traduz-se que o poder emana do povo, deveria a sociedade ter meios de controlar e fiscalizar a Corte Máxima, que é competente para salvaguardar a Constituição.

5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [46]

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Para garantir uma efetiva regularidade das leis com a Constituição, no entendimento kelseniano, é preciso que a anulação do ato irregular seja pronuncia-

43 Idem, p. 231.
44 Idem, p. 233.
45 ROCHA, José de Albuquerque, Op. cit., p. 71.
46 Acerca da evolução histórica, Walber Agra explica que, na segunda metade do século XIX, os tribunais constitucionais surgem com a finalidade de impedir que maiorias políticas, formadas por um deficiente sistema de representação popular, possam tolher direitos fundamentais das minorias ou até mesmo abolir o Estado Democrático Social de Direito, em nome do princípio majoritário. AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal:** densificação da jurisprudência constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 56.

da por um órgão completamente diferente e independente daquele que o produziu, ou seja, uma Jurisdição ou Tribunal Constitucional. A independência desse Tribunal Constitucional em relação ao Parlamento e ao governo é um postulado evidente, pois estes dois últimos é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional.[47] [48]

Tribunal Constitucional, afirma Walber de Moura Agra, é "o órgão incumbido, nos sistemas constitucionais de jurisdição concentrada, de realizar a jurisdição constitucional, sem que se possa, de sólito, exercê-la nas instâncias da jurisdição ordinária".[49]

Já para Louis Favorey[50], Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente do contencioso constitucional, situando-se fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos Poderes do Estado.

O professor José de Albuquerque Rocha, analisando os tribunais constitucionais europeus, onde nasceram e se tornaram modelos para o restante do mundo, traça pontos que lhes são comuns, tais como:

> a) *estatuto constitucional*, que é a previsão do Tribunal na Constituição; b) *designação dos juízes por critérios político-democráticos*, onde a escolha dos membros é feita por eleição de representantes do Poder Executivo e Judiciário, Ministério Público, bem como da sociedade civil; c) *duração de mandato*, pois os membros de um autêntico Tribunal Constitucional possuem mandato por tempo determinado e improrrogável; d) *incompatibilidade*, que é a garantia de independência dos seus membros para não exercer outros empregos ou funções, principalmente de natureza política; e) *competência*, embora seja variável nos tribunais constitucionais, o fundamental é garantir a primazia da Constituição.[51]

47 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fortes, 2003. p. 147 e 150.

48 A questão acerca de quem deve ser o guardião da Constituição colocou em lados opostos Hans Kelsen e Carl Schmitt. Este publicou, em 1931, *Der Hüter der Verfassung – Beiträgezum öffentlichen Recht der gegenwart,* sustentando que a defesa da Constituição deveria ser atribuída ao Presidente do Reich. A teoria do Schmitt contrapôs-se à de Kelsen, voltando-se contra a instituição de uma jurisdição constitucional, que confere a guarda da Constituição a um Tribunal independente. MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade**. Revista Crítica Jurídica,** Curitiba, n. 18, p. 1-9, mar. 2001, p. 2.

49 AGRA, Walber de Moura, Op. cit., p. 55.

50 FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 17.

51 ROCHA, José de Albuquerque, Op. cit., p. 82-83.

Ainda no intuito de traçar características comuns entre as cortes constitucionais, Favoreu explica que o referido estudo é importante para identificá-las no que ele denomina de "retrato modelo".[52] Dentre as enumeradas pelo referido autor, podemos destacar: a existência de um ordenamento constitucional; um monopólio do contencioso constitucional; a indicação de juízes não magistrados pelas autoridades políticas; uma verdadeira jurisdição; e, por fim, uma jurisdição fora do aparelho estatal.[53]

Uma autêntica Corte Constitucional, seguindo o modelo europeu, é um poder com atribuições também políticas, sendo um órgão constitucional independente dos demais poderes, inclusive do Poder judiciário ordinário, ocupando-se exclusivamente da tarefa de fazer cumprir a Constituição. Outrossim, é formado democraticamente com juristas de reconhecida excelência teórica, que cumprem um mandato. Para Willis Guerra Filho, "esse aperfeiçoamento da jurisdição constitucional é um imperativo do chamado Estado Democrático de Direito".[54]

Os tribunais constitucionais, com a peculiaridade de seu sistema de controle de constitucionalidade concentrado, não pertencem ao Poder Judiciário, nem muito menos ao Executivo. É um órgão que foge da conceituação típica dos três poderes.

A independência é uma característica relevante dos tribunais constitucionais, manifestando-se na separação dos demais poderes estabelecidos, até mesmo órgãos do Judiciário, o que lhes garante liberdade de exercício, sem se ater a qualquer tipo de pressão ou de subordinação. Nesse sentido, explica Agra que "uma das formas de impedir a formação de uma casta que se torne alheia aos problemas sociais é democratizar a escolha de seus membros, de forma que os poderes estabelecidos possam dela participar, o que legitima sua composição".[55]

Defende Walber Agra que "a forma de escolha dos membros do tribunal constitucional é um dos elementos densificadores de sua legitimidade, devendo preencher os requisitos da representatividade e da pluralidade". [56]

Os Tribunais Constitucionais são, portanto, essenciais na concretiza-

52 Idem, p. 27.
53 Idem, p. 27-28.
54 GUERRA FILHO, Willis Santiago, Op. cit., p. 18.
55 AGRA, Walber de Moura, Op. cit., p. 57.
56 Idem, p. 58.

ção dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que lhes é atribuída a função de zelar pela aplicação de regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos.[57]

5.2 O MODELO NORTE-AMERICANO E O MODELO EUROPEU DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Os dois modelos que têm exercido maior influência na jurisdição constitucional em todo mundo, como constata Walber de Moura Agra, "são o norte-americano, de natureza difusa, e o europeu, de natureza concentrada, que centraliza suas decisões em um tribunal constitucional".[58]

No sistema de controle americano, a jurisdição constitucional é atribuída ao aparelho jurisdicional como um todo, sem se distinguir da justiça ordinária. Todos os litígios, qualquer que seja sua natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A questão constitucional pode apresentar-se, assim, em todo e qualquer litígio, não demandando tratamento especial ou diferenciado. [59]

O modelo americano, portanto, caracteriza-se por atribuir ao próprio Poder Judiciário, através de todos os juízes, a vigilância do cumprimento e observância do texto constitucional.[60]

Já no sistema europeu[61], o contencioso constitucional distingue-se do contencioso ordinário, pois as questões constitucionais são da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim, e suas decisões possuem efeito absoluto da coisa julgada *erga omnes*.[62] Outrossim, na Europa, os tribunais constitucionais são estruturados como um "quarto poder", gozando de total independência para a concretização de sua função.[63]

57 VIEIRA, Oscar Vilhena, Op. cit., p. 27.
58 AGRA, Walber de Moura, Op. cit., p. 61.
59 FAVOREU, Louis, Op. cit., p. 15.
60 ROCHA, José de Albuquerque, Op. cit., p. 87.
61 O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) é constituído por dois Senados, de igual hierarquia, composto por oito juízes, eleitos paritariamente pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*). A nomeação do juiz eleito é da competência do Presidente da República, cujo ato, de acordo com a doutrina alemã, tem natureza meramente declaratória. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.
62 FAVOREU, Louis, Op. cit., p. 18.
63 AGRA, Walber de Moura, Op. cit., p. 66.

Acerca do modelo da Europa continental, na forma estabelecida pelo professor José de Albuquerque Rocha, segue a tradição de Kelsen, caracterizando-se por "concentrar em só órgão especial, o chamado tribunal constitucional, colocado fora e acima do Judiciário, a função de zelar pela constitucionalidade das leis e subsequente respeito do texto constitucional".[64]

Em comum, os dois sistemas têm a finalidade da existência da jurisdição constitucional, que representa um instrumento para o desenvolvimento do regime democrático, aprimorando os *checks and balances* e aperfeiçoando a defesa dos direitos fundamentais.[65]

Destaca, todavia, Oscar Vieira[66] que há variações entre os dois modelos, podendo haver uma tendência à aproximação dos dois sistemas. Em muitos países da América Latina, inclusive no Brasil, há a coexistência dos modelos europeu e estadunidense, numa junção dos controles concentrados e difuso, criando um tipo de modelo sul-americano, cujas características comuns, atenta Louis Favoreu[67], não foram ainda bem definidas.

Neste sentido, constata Oscar Vilhena Vieira [68]que o modelo brasileiro revela-se engenhoso e complexo, já que teve sua origem sob a inspiração do sistema difuso americano e vem consolidando profundamente seus mecanismos de controle concentrado, buscando suprir a ausência em nossa cultura jurídica do princípio do *stare decisis*.[69]

5.3 O STF É UMA CORTE CONSTITUCIONAL?

A estruturação do STF, no momento de sua criação, seguiu o modelo da Suprema Corte norte-americana, de controle difuso, enquanto que os tribunais constitucionais são típicos de países europeus, de controle concentrado.[70]

A Constituição de 1988 não fez alterações na estrutura do Supremo Tribunal Federal, apesar de toda a expectativa gerada na constituinte em

64 ROCHA, José de Albuquerque, Op. cit., p. 87.
65 AGRA, Walber de Moura, Op. cit., p. 62-63.
66 VIEIRA, Oscar Vilhena, Op. cit., p. 43.
67 FAVOREU, Louis, Op. cit., p. 131.
68 VIEIRA, Oscar Vilhena, Op. cit., p. 44.
69 De acordo com este princípio, os juízes e tribunais comuns ficam vinculados às suas decisões anteriores e aos precedentes dos tribunais superiores. Uma consequência deste princípio no Brasil é o instituto da súmula vinculante, criado pela EC 45/04, que introduziu o Art. 103-A, na Constituição Federal.
70 AGRA, Walber de Moura, Op. cit., p. 65.

torno da criação de um tribunal constitucional especializado, nos moldes dos existentes na Europa Continental.

Analisando as características expostas, percebemos que o STF é um órgão constitucional em sentido amplo, mas só isso não é suficiente para intitulá-lo como uma verdadeira Corte Constitucional.

Walber de Moura Agra ressalta que "o STF funciona tanto como uma corte constitucional quanto como última instância para os demais tribunais, com a existência de encargos dessa jurisdição compartilhados entre os juízes ordinários e os que atuam no Egrégio Tribunal".[71]

Pela leitura do art. 102 da Constituição, constatamos que o STF não é uma autêntica Corte Constitucional, já que há uma série de atribuições previstas no dispositivo constitucional, formando um quadro amplo de competências, inclusive processos de natureza individual, dentre outros. Uma Corte especificamente Constitucional seria competente para apreciar somente o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas. Questões individuais seriam por ele apreciadas apenas quando o conflito estiver ligado ao sistema constitucional.

Referido acúmulo de funções da Corte implica que interesses corporativos podem interferir em sua atuação, pelo fato de representar o órgão máximo da estrutura do Poder Judiciário.[72]

Resta-nos, saber, portanto, ante a atual conjuntura do país, se é viável a criação de uma Corte Constitucional brasileira.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Dr. Fernando Ximenes Rocha, é contrário à criação de uma Corte Constitucional no Brasil, não importando se dentro ou fora do Judiciário, conforme se extrai abaixo:

Parece-me que não será a criação de uma Corte Constitucional, inspirada nos modelos das Cortes européias, que vai nos dar a certeza de uma mudança profunda na maneira de exercer a jurisdição constitucional, mormente levando-se em conta tão-somente a problemática da formação jurídica dos nossos magistrados.[73]

71 Idem, p. 65.

72 AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal:** densificação da jurisprudência constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 66.

73 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, DF, a. 34, n. 135, p. 185-190, jul./set., 1997, p. 188.

Para o desembargador cearense, o ideal seria apenas uma diminuição da competência do STF, transferindo-a para o STJ, Corte esta que poderia ter seu número de ministros aumentado, pois a Constituição só estabelece limite mínimo de membros.

Os que defendem a necessidade de uma Corte exclusivamente Constitucional, como Willis Guerra Filho, Gérson Marques, Friedrich Müller, Paulo Bonavides, José de Albuquerque Rocha[74], Nelson Nery Jr[75], argumentam que o STF tem exercido com timidez a missão de guarda da Constituição que lhe é confiada. Atribuem esse fato à formação preponderantemente privatista de nossos magistrados. Friedrich Müller ressalta que o novo ordenamento jurídico democrático do Brasil compartilha a concepção moderna de um direito material e de uma Constituição determinada pelos seus conteúdos normativos ("valores"): soberania popular, democracia, Estado de Direito e de Bem-Estar Social, direitos humanos e de cidadania, igualdade de todas as pessoas.[76]

Outra questão é sobre a forma de ingresso dos membros do STF que, como já visto, são nomeados pelo Presidente da República após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, nos termos do art. 101, parágrafo único, da Carta Magna. Nesta feita, é imprescindível e urgente, no entendimento do professor José de Albuquerque Rocha, "a criação de um tribunal constitucional independente dos outros Poderes, e de composição democrática, o que significa vinculado, direta ou indiretamente, à soberania popular, para interpretar e aplicar a vontade do povo, cristalizada na Constituição".[77]

O professor Gérson Marques[78] defende a criação de uma Corte Constitucional no Brasil nos moldes do Tribunal Constitucional Federal alemão, modificando o modo atual de ingresso dos membros que comporão a Corte, fixando-lhes mandato e atribuições restritas à jurisdição constitucional.

74 Apesar das fortes reações acerca da criação de um Tribunal Constitucional no Brasil, o professor José de Albuquerque Rocha ressalta que é tranquila a convicção de que se trata de um dos princípios básicos do novo direito constitucional, preocupado em limitar o poder, defender os direitos e liberdades fundamentais e assegurar a supremacia e permanência da Constituição. Rocha, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 83.

75 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 18.

76 MULLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, n. 3, 2005, p. 28.

77 ROCHA, José de Albuquerque, Op. cit., p. 80.

78 LIMA, Francisco Gérson Marques de, Op. cit., p. 89.

Deveria se aproveitar a estrutura física do STF, segundo o professor cearense, transformando-lhe a natureza, deixando os Tribunais Superiores com as atuais competências. O STJ, contudo, ficaria ainda com a competência retirada do Supremo, sendo uma espécie de Suprema Corte da Justiça ordinária.[79]

A Corte teria uma representação pluralista[80], nos termos do art. 1º, V, CF, para evitar que seja apenas um órgão chancelador da vontade da maioria política, respeitando os interesses da maioria da sociedade mais necessitada. Outrossim, seria assegurada uma forma de i*mpeachment* dos membros da Corte, no caso de comportamento incompatível com a conduta, falta de decoro, atraso processual, etc., com legitimação eclética.

6 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, situando-se no ápice do Poder Judiciário, exerce uma função meta-jurídica, com reflexos econômicos, políticos e sociais. Tem, ainda, a competência da jurisdição constitucional, ficando em posição de proeminência em relação ao Executivo e ao Legislativo.

Mister salientar que a falta de legitimidade de uma lei, não significa que ela seja ilegal. O conceito de legalidade é mais jurídico, enquanto o de legitimidade é mais político. No Estado Democrático de Direito, legitimidade e legalidade entrelaçam-se, uma dando base de sustentação para a outra. Assim, podemos afirmar que a legitimidade fortalece a legalidade, sendo um de seus fins.

O STF não consegue passar pelo teste de legitimidade, o qual se manifesta em três instâncias: no *ingresso* de seus membros, por serem escolhidos por um critério meramente político (não há eleição, representatividade, pluralismo, nem mandato por prazo determinado); *exercício*, pelo fato de suas decisões estarem distantes dos anseios populares; e *controle da sociedade*, pois não há meios eficazes da população fiscalizar o Supremo.

Constatamos, ainda, que o Supremo não é uma autêntica Corte

79 Idem, p. 90.

80 O pluralismo, para Paulo Bonavides, é um direito fundamental de 4ª geração: "são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo". BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571.

Constitucional, já que há uma série de atribuições previstas no dispositivo constitucional, formando um quadro amplo de competências, inclusive processos de natureza individual, dentre outros. Uma Corte especificamente Constitucional seria competente para apreciar somente o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas.

Diante disso, entendemos ser viável a criação de uma Corte Constitucional no Brasil, modificando o modo atual de ingresso dos membros que comporão a Corte, fixando-lhes mandato e atribuições restritas à jurisdição constitucional, e, ainda, com criação de instrumentos de controle eficazes pela sociedade, objetivando prescrever uma menção sobre o grau de aceitabilidade da pretensa Corte.

Por fim, é importante destacar que o notório saber jurídico dos Ministros do Supremo não pode jamais ser confundido com o mero saber legal, com o conhecimento de lei, pois como legitimidade e legalidade são conceitos distintos, o primeiro deve ser levado em consideração na concretização dos fins do Estado Democrático de Direito.

Esse notório saber deve ser, sobretudo, de conhecimento da justiça, só podendo ser alcançado pelos verdadeiros homens que carregam a honestidade e a verdade como seus valores inerentes. Sem sombra de dúvidas, esses são os requisitos diferenciadores de um autêntico guardião da Constituição.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal:** densificação da jurisprudência constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial:** a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CORRÊA. J. Rossini. **Crítica da razão legal.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

Guerra Filho, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fortes, 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. Fortaleza: ABC/Fortlivros, 2001.

MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade**. Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 18, p. 1-9, mar. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, n. 3, 2005.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, DF, a. 34, n. 135, p. 185-190, jul./set., 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

VELLOSO, Carlos Mario. O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 192, abr./jun., 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal:** jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Correspondência | Correspondence:

Germana Parente Neiva Belchior
Faculdade Christus – Campus Dom Luís, Avenida Dom Luís, 911, Meireles, CEP 60.160-230. Fortaleza, CE, Brasil.
Fone: (85) 3457-5300.
Email: germana_belchior@yahoo.com.br