

# A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTE CONSTITUCIONAL

**Emanuel de Abreu Pessoa**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Jurisdição constitucional – definição 3. A importância da jurisdição constitucional 4. O surgimento da jurisdição constitucional 5. O Tribunal Constitucional Federal alemão como paradigma de Corte Constitucional 6. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional 7. Conclusão 8. Referências

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o controle concentrado de constitucionalidade, papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais europeias. Concomitantemente, ele se encontra no ápice da estrutura recursal do Poder Judiciário, exercendo também o controle difuso. Seus membros são escolhidos pelo Presidente da República, devendo ser aprovados pelo Senado Federal, de modo serem inúmeros os exemplos de decisões suas meramente políticas, em conformidade com os interesses do Poder Executivo. Diante desse quadro, busca-se saber se o Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional legítima, nos moldes das existentes na Europa, do que se toma como paradigma o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Para tanto, procedeu-se a uma pesquisa bibliográfica, incluindo obras estrangeiras, sem prejuízo da emissão de opiniões próprias. Como resultado do excesso de competências que lhe são atribuídas e do modo de acesso de seus membros, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal carece de legitimidade, não podendo ser considerado uma Corte Constitucional propriamente dita.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional, legitimidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Os estudos de Hans Kelsen serviram como base para a formação das Cortes Constitucionais europeias no século XX, as quais exercem o controle de constitucionalidade das leis através do método concentrado, em que pese a primazia do método difuso praticado pela Suprema Corte dos Estados Unidos desde 1803.

Conforme as disposições da Constituição Federal de 1988, o Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade misto, isto é, ao mesmo tempo difuso

e concentrado, cabendo esta última modalidade ao Supremo Tribunal Federal, que assim assume o mesmo papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais da Europa.

É de se observar o enorme poder que uma Corte Constitucional possui, em qualquer lugar onde ela seja instituída, de forma que para evitar a corrupção do poder<sup>1</sup> se faz necessário que a mesma seja detentora de enorme legitimidade, pois apenas assim suas decisões podem ser tidas como insuspeitáveis.

Assim, é necessário que o tema seja estudado com seriedade e afinco. Infelizmente, a doutrina brasileira acerca de jurisdição constitucional é escassa, em que pese a brilhante obra *Processo Constitucional* do professor José Alfredo de Oliveira Baracho, situação que se agrava quando o foco é a atuação do Supremo Tribunal Federal, destacando-se aí as obras de Francisco Gérson Marques de Lima, Luís Afonso Heck e Willis Santiago Guerra Filho. Com o intuito de enriquecer a pesquisa, cuidou-se de consultar também obras estrangeiras, sobretudo os trabalhos de Konrad Hesse, Charles Beard e Bernard Schwartz, doutrinadores alemão e norte-americanos, respectivamente.

Neste azo, inicia-se definindo o que seja a jurisdição constitucional, seguindo-se breve demonstração de sua importância, centrando-se nas questões acerca da separação de poderes e da convivência das esferas de poder político em um Estado federal, passando-se ao surgimento da referida jurisdição. Na seqüência, apresenta-se o Tribunal Constitucional Federal alemão, paradigma de Corte Constitucional, e se procede à análise da legitimidade do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, para finalmente se apresentar as conclusões sobre essa legitimidade.

## **2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – DEFINIÇÃO**

---

<sup>1</sup> Memoráveis os dizeres de Lorde Acton: “O poder corrompe. O poder absoluto corrompe absolutamente.”

Conforme Baracho, “a jurisdição é a função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como é causa final e específica da atividade do judiciário”<sup>2</sup>, em cujo exercício o Estado manifesta a sua soberania. Representa o Poder Judiciário hoje a superação da autodefesa e da autocomposição, sem que se exclua a possibilidade de arbitramento – aliás, pode-se mesmo dizer que a jurisdição é o arbitramento imposto pelo Estado, fazendo atuar a vontade da lei.

O professor José Albuquerque Rocha, partindo dos pressupostos de que o direito é respaldado pela força e que sua finalidade última é permitir a coexistência social, mas que a ordem sempre será violada e daí há de ser restaurada para não ser destruída, diz que a “a jurisdição é justamente a função estatal que tem a finalidade de manter a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário”<sup>3</sup>.

Dada as questões que se apresentam diante do Judiciário, tornam-se necessários diversos órgãos para exercício da função jurisdicional, requerendo-se, por exemplo, a pluralidade de graus de jurisdição e a existência de Tribunais especiais. Destaca-se aí a exigência de uma jurisdição constitucional, “compreendida como a parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado”<sup>4</sup>.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo informa que são requeridos, para haver uma jurisdição constitucional, a existência dos seguintes requisitos:

- a) autêntica Constituição, que não pode ter nenhuma das características de uma Carta outorgada pelo Executivo;
- b) genuíno Estado de Direito, com Legislativo (unicameral ou bicameral), não controlado pelo governo;
- c) ambiente de liberdade total e plena igualdade entre os cidadãos, sem discriminações ideológicas, de nenhuma espécie;
- d) ausência de poderes e de magistratura irresponsáveis, exceção feita à inviolabilidade parlamentar, mas protegida para evitar abusos;
- e) desempenho de tal jurisdição por pessoas que gozem da mais absoluta independência, do máximo de prestígio jurídico e moral;
- f) respeito irrestrito de todos, governantes e governados, face às decisões que pronunciam, sem prejuízo da responsabilidade que podem incorrer quem a exerça.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 75.

<sup>3</sup> ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 86.

<sup>4</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* p. 97.

<sup>5</sup> *Apud* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* p. 98.

Não obstante não estejam presentes todas essas características no Brasil, o país conta com uma jurisdição constitucional, a qual é exercida de forma difusa por todo o poder judiciário e de forma concreta pelo Supremo Tribunal Federal, que sob tal perspectiva assume papel similar a das Cortes Constitucionais européias.

### 3 A IMPORTÂNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A separação dos Poderes<sup>6</sup> já é questão que se cuida desde Aristóteles, para quem haveria poderes distintos em toda sociedade política bem organizada<sup>7</sup>, não devendo haver concentração nas mãos das mesmas pessoas, ou se colocar poder demais em uma pessoa por muito tempo, dada a natureza corruptora do poder. De acordo com suas idéias, o melhor era que se atribuíssem cargos e funções iguais aos ricos e pobres e se buscar o incremento da classe média<sup>8</sup>, a fim de dissolver o faccionismo.

No século XVIII, com a vitória das Revoluções liberais, teve-se a situação de que o direito era o único capaz de manifestar e formar a vontade geral, o que se dava através das leis aprovadas pelo Parlamento, sendo elas manifestações do *consensus populi*. Efetivamente, a situação que se verificava era de que a soberania era mesmo do Parlamento, e a soberania popular não passava de ficção, demorando décadas até adquirir força, o que ainda hoje, infelizmente, não alcançou plenamente, como se nota da atual crise enfrentada pela democracia representativa brasileira, urgindo a adoção de uma democracia participativa.

Essas mesmas revoluções consagraram a teoria da tripartição de poderes de Montesquieu<sup>9</sup> - Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>10</sup> -, que, a princípio, pelo dogma

---

<sup>6</sup> A rigor, o Poder é uno, de modo ser correto se falar em tripartição das funções estatais, e não de Poderes., expressão que aqui se utiliza apenas em atenção à sua consagração nos textos de Ciência Política.

<sup>7</sup> De acordo com Paulo Bonavides, *in* **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 136, Aristóteles distinguira a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário.

<sup>8</sup> Diz Aristóteles, *apud* BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p. 62: “Está claro que a forma intermediária é a melhor, já que é a mais distante do perigo das revoluções; onde a classe média é numerosa raramente ocorrem conspirações e revoltas entre os cidadãos.”

<sup>9</sup> Embora a idéia de tripartição de poderes remonte a Aristóteles, Montesquieu deu-lhe um enfoque plenamente coadunado com a ótica liberal. Efetivamente, foi Locke quem concebeu a moderna teoria

da separação absoluta de Poderes que se adotou, levou à supremacia do Parlamento na França, inclusive como o mais importante órgão jurisdicional do país, levando tempo para modificação dessa rigidez. Não quer nos parecer que o referido rigorismo da separação de poderes fosse a intenção precípua de Montesquieu, que via com maus olhos a concentração deles nas mãos de uma só pessoa, afirmando que:

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.<sup>11</sup>

Além disso, o nobre francês desenvolveu ainda um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), distinguindo as faculdades de estatuir (ordenar por si ou corrigir o que outro ordenou) e de impedir (a de anular a resolução tomada por qualquer outro). Daí o acerto de Gérson Marques, cuidando do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao dizer que “no esquema de freios e contrapesos, o Supremo tem a função essencial, ainda, de preservar e assegurar o respeito às instituições e as competências dos organismos”<sup>12</sup>.

Conforme a melhor técnica legislativa, é na Constituição que se determina a separação dos poderes, a repartição de competências, enfim, a organização do Estado. Disso se percebe que a jurisdição constitucional é extremamente importante em face do princípio da separação de poderes, para manutenção do adequado equilíbrio entre eles.

Além disso, faz-se imprescindível a existência de um órgão que tenha por função precípua tratar de questões concernentes à Constituição que não apenas a

---

da separação dos Poderes, e não Montesquieu, concebendo-a no sentido de ser preciso dividir o poder para mantê-lo sob controle. A obra do publicista francês, no entanto, sistematiza-a de forma a se coadunar melhor com a ideologia liberal da burguesia então em ascendência política. De todo modo, cabível a lição de Fábio Konder Comparato, segundo o qual “organizar adequadamente as funções do Estado, a fim de evitar os riscos de ineficiência e abuso do poder, é uma questão comum a todos os regimes políticos” (*in Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 670).

<sup>10</sup> Diz Montesquieu, *in Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 165, que “pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este última “o poder de julgar”, e o outro chamaremos, simplesmente, “o poder executivo do Estado”.

<sup>11</sup> MONSTESQUIEU. *Op. cit.* p. 165-166.

<sup>12</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira** (Estudo de casos – abordagem interdisciplinar). Fortaleza: ABC, 2001, p. 35.

separação de poderes. Aproveitamos o ensejo para fazer nossas as palavras de Hans Kelsen, segundo o qual

é certamente no Estado Federal que a justiça constitucional adquire a mais considerável importância. Não há nenhum exagero em asseverar que a idéia política do Estado Federal<sup>13</sup> só se realiza plenamente com a instituição de um tribunal constitucional.<sup>14</sup>

Na mesma linha, prega André Hauriou que:

Nesses Estados, o poder judicial desempenha um papel federal que aumenta muito sua importância. Com efeito, os conflitos postos entre Estados particulares, ou bem entre estes e o Estado central, não podem se regulamentar por via diplomática, já que se trata de questões de Direito público interno; não pode ser resolvidas por via administrativas, si o federalismo é autêntico<sup>15</sup>, porque os Estados particulares não estão subordinados hierarquicamente ao Estado central; devem ser regulamentados por via judicial; assim é como o Tribunal Supremo dos Estados Unidos, verificando se os tribunais dos Estados procuram impedir leis locais que contradigam a Constituição federal, exerce sobre as 'legislaturas' dos Estados-membros um controle do federalismo.<sup>16</sup>

Embora tratando da concisa e genérica Constituição norte-americana, são bastante atuais e universalmente aplicáveis as palavras do Chefe de Justiça Hughes, de que “estamos sob a Constituição, mas a Constituição é o que os juizes dizem que ela é”<sup>17</sup>. Analogamente, o que se mostrou bastante acertado na história dos Estados Unidos, a Constituição enuncia direitos, mas estes são aquilo que os juizes dizem ser.

---

<sup>13</sup> A propósito, Konrad Hesse diz que “O Tribunal Constitucional Federal é, diante de todos os órgãos constitucionais restantes, um tribunal da federação, autônomo e independente (§ 1º da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal).”, *in Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 487.

<sup>14</sup> Hans Kelsen, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 319.

<sup>15</sup> Não quer parecer aqui que o autor esteja se referido à modalidade autêntica de federalismo, no qual cada Estado conta com a mesma representação na Câmara Alta, e sim à autenticidade da forma federal.

<sup>16</sup> HAURIOU, André. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Trad. castellana, adaptación y apéndice sobre “el derecho *constitucional* y las instituciones políticas en España” de José Antonio González Casanova. Barcelona: Ariel, 1971. p. 181: “En estos Estados, el poder judicial desempeña un papel federal que aumenta mucho su importancia. En efecto, los conflictos planteados entre Estados particulares, o bien entre éstos y el Estado central, no pueden reglamentarse por vía diplomática, ya que se trata de cuestiones de Derecho público interno; no pueden ser resueltos por vía administrativa, si el federalismo es auténtico, porque los Estados particulares no están subordinados jerárquicamente al Estado central; deben ser reglamentados por vía judicial; así es cómo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, verificando si los tribunales de los Estados procuran impedir leyes locales que contradigan la Constitución federal, ejerce sobre ‘legislaturas’ de los Estados miembros un control de federalismo.”

<sup>17</sup> FERGUSON, John H., MCHENRY, Dean E. **The American federal government**. 4th ed. New York: McGraw-Hill, 1956. 59: “We are under the Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.”

## 4 SURGIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Parece indubitável que a jurisdição constitucional surgiu nos Estados Unidos. Aliás, Madison e Wilson tentaram quando da Convenção constituinte norte-americana aprovar proposta “no sentido de outorgar aos juizes do Supremo o direito de julgar a constitucionalidade dos atos do Congresso”<sup>18</sup>.

Embora rejeitada tal proposta, que nunca chegou a ser subscrita em nenhuma de suas proposições por mais do que três Estados convencionais, a jurisdição constitucional iniciou-se em 1803, por iniciativa do Juiz Marshall, da Corte Suprema norte-americana, por iniciativa do caso *Marbury v. Madison*, assim resumido por Charles Beard:

O caso teve origem em um requerimento de Marbury à Suprema Corte, solicitando um *mandamus* que obrigasse o secretário de Estado, Madison, a comissioná-lo juiz de Paz do Distrito de Colúmbia – cargo para o qual fora nomeado nos últimos dias da administração Adams. Ao assumir a presidência, Mr. Jefferson, irritado com a sórdida precipitação dos federalistas em se apossar do maior número possível de cargos públicos, recusou-se a comissionar Marbury. Na primeira parte do parecer, Marshall discute se Marbury teria o direito legal de exigir que lhe dessem posse, e se o remédio seria o *mandamus*. As conclusões foram afirmativas, mas a concessão do *mandamus* foi denegada, pois a autoridade conferida à Suprema Corte pelo Ato Judiciário, de expedir *mandamus*, não era autorizada, no caso, pela Constituição.<sup>19</sup>

Aí, entretanto, não se pode falar em controle concentrado de constitucionalidade, pois a Suprema Corte norte-americana pratica apenas o controle difuso, não sendo assim uma Corte Constitucional, ou Tribunal Constitucional, termo que busca abranger exclusivamente os tribunais criados tratar e “julgar autonomamente dois tipos de questões: a) o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos; b) os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais, e entre unidades políticas”<sup>20</sup>.

Tocou a Kelsen<sup>21</sup> dar o tom da criação dos Tribunais Constitucionais europeus, pregando a necessidade de haverem Cortes para efetuar o controle

---

<sup>18</sup> BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a Constituição**. Tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.], p. 46.

<sup>19</sup> BEARD, Charles A. *Op. cit.*, p. 113.

<sup>20</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>21</sup> A propósito, diz Kelsen que “a aplicação das regras constitucionais referentes à legislação só pode ser garantida efetivamente se for confiada a outro órgão que não o corpo legislativo a tarefa de verificar se uma lei é ou não constitucional e de anulá-la se – segundo a opinião desse órgão – ela for “inconstitucional”. Pode existir um órgão especial para esse fim, por exemplo, um tribunal especial,

concentrado de constitucionalidade, orientação adotada pela Áustria, que instituiu o Tribunal Constitucional em 1919, havendo Kelsen sido membro do mesmo.

## 5 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO COMO PARADIGMA DE CORTE CONSTITUCIONAL

O grande paradigma de uma Corte Constitucional é, na atualidade, o Tribunal Constitucional Federal alemão, que muito contribuiu para a evolução jurídica da última metade do século XX, tendo também uma limitada participação na direção do Estado superior<sup>22</sup>. Diga-se que ele atende àquelas condições referidas acima para se considerar um Tribunal como uma Corte Constitucional.

O *Bundesverfassungsgericht* conta com autonomia organizacional, sendo sua administração independente, não subordinado a nenhum Ministério; conta com orçamento próprio, autônomo; seus membros não são qualificados como funcionários, sendo que “a situação jurídica de seus juizes é regulada desviantemente daquela dos juizes restantes”<sup>23</sup>.

Outro ponto importante a ser observado, e que será digno de comentário quando se falar do Supremo Tribunal Federal, é o da composição da Corte Constitucional Federal, que se estrutura em dois Senados, cada qual com 8 membros, todos elegíveis para o Parlamento Federal e aptos para a judicatura nos termos do Estatuto da Magistratura alemã, não podendo pertencer ao *Bundesrat*<sup>24</sup>, ao *Bundestag*<sup>25</sup>, ao Governo federal nem aos órgãos estaduais correspondentes.

A Corte Constitucional alemã é composta por juizes federais e outros membros, sendo 3 integrantes de cada Senado eleitos “entre o número dos juizes

---

um chamado “tribunal constitucional”; ou o controle da constitucionalidade dos estatutos, a chamada “revisão judicial”, pode ser conferido aos tribunais ordinários e, especialmente, à corte suprema. O órgão controlador pode ser capaz de abolir completamente o estatuto “inconstitucional” de modo que ele não possa ser aplicado por algum outro órgão. Se um tribunal ordinário tem competência para verificar a constitucionalidade de um estatuto, pode ser que ele esteja autorizado apenas a se recusar a aplicá-lo no caso concreto em que o considera inconstitucional, ao passo que outros órgãos permaneçam obrigados a aplicar o estatuto.” (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 226-227)

<sup>22</sup> Conforme HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 487.

<sup>23</sup> HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 488.

<sup>24</sup> Casa legislativa alemã equivalente ao Senado, doravante denominada Conselho Federal.

<sup>25</sup> Casa legislativa alemã equivalente à Câmara dos deputados, doravante denominada Parlamento Federal.

nos tribunais superiores da federação”<sup>26</sup>, devendo todos ter pelo menos 40 anos de idade, exercendo o cargo pelo período máximo de doze anos, ou até o limite de 68, quando a aposentadoria é compulsória. Finalmente, exige-se dos membros do Tribunal que tenham declarado por escrito sua disposição em ser seu membro, e lhes é vedado o exercício conjunto de qualquer outra atividade com sua função judicial, salvo a de professor universitário de Direito.

A única influência que o Legislativo tem sobre o Tribunal Constitucional se dá quando da eleição de seus membros, metade pelo Parlamento Federal, metade pelo Conselho Federal. A eleição por este é direta, e por aquele, indireta, através de uma comissão eleitoral de doze de seus membros, eleita pelo próprio Parlamento em conformidade com as regras da eleição proporcional. Em ambos os casos, exige-se a maioria de dois terços para a eleição, sendo que “o Presidente do Tribunal Constitucional e seu vice são eleitos em alternância pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal”<sup>27</sup>, cada qual pertencendo a um Senado diferente.

Resumidamente, o Tribunal Constitucional Federal é competente para tratar dos conflitos juridicamente estatal-federais, i.e., dos conflitos federativos; dos conflitos entre órgãos estatais; controle de normas, abstrato ou concreto<sup>28</sup>, entre outras.

## **6 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTE CONSTITUCIONAL**

O Supremo Tribunal federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, sendo composto por 11 (onze) Ministros vitalícios, escolhidos entre cidadãos brasileiros natos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, dotados de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

Pelo critério de legalidade, tal forma de constituição do Supremo Tribunal Federal não é reprovável, pois foi decidida pelo Poder Constituinte Originário, i.e.,

---

<sup>26</sup> HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 488.

<sup>27</sup> HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 489.

<sup>28</sup> Nesta hipótese, restringe-se a reprovar as normas jurídicas.

formalmente, nada há que se dizer. Do ponto de vista da legitimidade porém, que é político, relativo à aceitação de algo como válido pela comunidade, superando a simples legalidade<sup>29</sup>, o STF não pode ser tomado como exemplo. O modo da escolha de seus membros compromete não apenas a sua legitimidade, mas também sua independência e credibilidade. Assim é que nos parece válido repisar esse ponto, com as palavras de Bonavides:

Com efeito, a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil começou de ser alvo de graves reparos, que giram ao redor de dois pontos cruciais: a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição, e logo transformá-la em tribunal constitucional segundo o modelo austríaco.<sup>30</sup>

Necessário que se diga que a noção de legalidade como legitimidade veio da Revolução Francesa, e está hoje completamente abandonada, pois imporia como legítimo qualquer conteúdo legal, independentemente da aceitação dos destinatários da norma. Tanto é assim, que hoje, ao defenderem seus direitos, as pessoas o assinalam como legítimo, e não como legal<sup>31</sup>. Daí é de se sugerir que se caracterize “uma justificação através de um conhecimento ‘legal’ e acentuado racionalmente (p. 313) não como legitimidade, mas como legalidade, ou seja, em vista à sua severa inviolabilidade da ‘lei’ que não permite exceções ou rompimentos”<sup>32</sup>.

O rol de competências do STF é imenso, estando inserto nos Art. 102 e 103-A, CF/88, abrangendo notoriamente lides interindividuais, fazendo ele parte da estrutura recursal comum, sendo essa extensão de suas atribuições a razão fundamental da lerdeza de seus julgados (ou da maioria deles, ao menos), desnaturando sua natureza pretendida de Corte Constitucional. Dizer isto não implica dizer não ter o Supremo a condição de órgão constitucional, qualidade para a qual, conforme ensina Luís Afonso Heck,

---

<sup>29</sup> De acordo com Carl Schmitt, in **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 142, “na terminologia atual, legitimidade tem significado *jurídico*, legalidade, significado *legal*”.

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 330.

<sup>31</sup> Schmitt, Carl. *Op. cit.* p. 142: “Quem hoje acentua ter *direito* e que suas prerrogativas são justificadas, normalmente utiliza a palavra *legítimo* e não *legal*, mesmo que tenha criado seu fundamento jurídico através de uma lei por ele mesmo promulgada e domine todas as condições da possibilidade de uma lei – consenso, opinião pública, controle dos fatores do processo legislativo -, de forma que sua legitimação/atribuição de poder possa ser, também cientificamente, chamada de uma real auto-legitimação”.

<sup>32</sup> SCHMITT, Carl. *Op. cit.* p. 141.

é necessário que:

- a) a sua constituição se de por meio da própria Constituição
- b) as suas competências estejam estabelecidas na Constituição
- c) compartilhe, em forma decisiva, da formação política global do Estado<sup>33</sup>

Notório, pois, que o Supremo Tribunal Federal coroa o sistema judiciário brasileiro, que é do tipo hierárquico, estruturando-se de forma piramidal, composto por profissionais de carreira, concentrando-se nos tribunais funções recursais e administrativas, havendo critérios técnicos de julgamento e sendo fartos os recursos disponíveis às partes, inclusive para se alcançar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, o qual, ao invés de cumprir a função para a qual efetivamente se destina, termina por ser mais uma instância recursal. Baseado em profundo estudo teórico e pesquisa de campo, Gérson Marques afirma que “as ações sobre controle de constitucionalidade (em tese), os conflitos interorgânicos, as questões federativas, o disciplinamento dos poderes, são em escala infinitamente inferior”<sup>34</sup>.

Discorrendo sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos no tocante à restrição da possibilidade de a ela apelar, o professor Bernard Schwartz corrobora enfaticamente o que se disse, no sentido de evitar que o Supremo Tribunal Federal seja mera corte de apelação, descuidando das mais importantes questões constitucionais para se ocupar apenas dos conflitos :

A Corte Suprema federal, como se tem frisado, é quase inteiramente um tribunal de apelação. A necessidade de tal tribunal central no vértice do sistema judiciário para unificar a lei interpretada e aplicada pelos tribunais inferiores parece clara. Ao mesmo tempo, num país tão grande como os Estados Unidos, o direito de apelar para o mais alto tribunal deve ser restrito, do contrário o tribunal se verá assoberbado com tantas apelações que não disporá de tempo suficiente para resolvê-las. Se se permitisse que os litigantes particulares apelassem para a Corte Suprema toda vez que assim o desejassem, os casos seriam tão numerosos que o tribunal não poderia resolvê-los com a rapidez necessária. O resultado disso seria que alguns casos de importância geral teriam a sua decisão indevidamente protelada, enquanto o tribunal desperdiçaria o seu tempo em casos de pouca importância.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 102

<sup>34</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>35</sup> SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.], p. 175-176.

Dieter Grim lembra que “a separação entre direito e política no nível da aplicação do direito é uma separação institucional”<sup>36</sup>, servindo para impedir influências sobre o judiciário por parte dos partidos políticos e dos órgãos públicos decisórios. Logicamente é possível que a aplicação do direito possa levar a resultados que não sejam politicamente desejados, ocasião em que os mesmos “podem ser corrigidos no futuro por uma reforma da norma, mas não por influência sobre processos correntes, ficando assim, excluídas influências políticas externas sobre a aplicação do direito”<sup>37</sup>.

Todavia, é de se dizer que as decisões de uma Corte Constitucional devem ser políticas, posto que referentes aos próprios fundamentos do Estado, a um controle dos demais poderes – ao que se lembra inexistir poder (isto é, função) estatal apolítico –, mas nunca meramente políticas, que são aquelas que o Judiciário não poderia conhecer, resolúveis por critérios de natureza não jurídica<sup>38</sup>. Nesse tocante, com muita propriedade, diz Willis Santiago Guerra Filho:

Um verdadeira Corte Constitucional, nos moldes europeus, é um poder com atribuições não só jurídicas, mas também assumidamente políticas, órgão constitucional independente dos demais poderes, inclusive do Poder Judiciário “ordinário” ocupando-se exclusivamente da tarefa de fazer cumprir a Constituição, e formado democraticamente com juristas de reconhecida excelência teórica, que cumprem um mandato.<sup>39</sup>

Supremo Tribunal Federal, porém, vem ao longo dos anos prolatando, quando conveniente ao Executivo, sentenças meramente políticas. Do mesmo modo, o Supremo não pode ser neutro – argumento que usa para que os legítimos reclamos da população sejam preces mudas a ouvidos surdos – e sim imparcial, o que não se verifica na espécie, sendo sua atuação em geral em prol do Governo.

## 7 CONCLUSÃO

---

<sup>36</sup> GRIM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 14.

<sup>37</sup> GRIM, Dieter. *Op. cit.* p. 14-15.

<sup>38</sup> A propósito da não apreciação pelo Poder Judiciário de questões políticas, diz Bernard Schwartz, *op. cit.* p. 194, que: “A relutância dos tribunais americanos em tratar dessas chamadas “questões políticas” é, deve-se notar, partilhada pelos tribunais dos países de Direito Consuetudinário desde tempos remotos. Em 1460, o Duque de York moveu um processo para que ele fosse declarado como legítimo herdeiro do trono. Mas os juizes decidiram que “não ousavam entrar no trato de tal questão pois compete ao senhor de sangue real e dono dessas terras tomar conhecimento e intrometer-se em tais assuntos”. Desde essa época, os tribunais anglo-americanos se têm recusado a exercer jurisdição em casos em que percebem que o exercício do poder judiciário é inadequado.”

<sup>39</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 12-14.

Os juizes brasileiros não são eleitos como em outros países, nem prestam contas à população (*accountability*), em que pese a necessidade de fundamentação e a publicidade das decisões judiciais. A estrutura supra desestimula que combatam os abusos do Poder Público, pois sempre se encontram receosos de perseguição ou desejosos de agradar, o que é verificável sobremaneira no aspecto das promoções por merecimento, critério dotado de forte carga subjetiva.

Há alguns pontos positivos, como a circunstância de o acesso à magistratura em geral se dar por concurso público, criando de certa forma uma meritocracia – que só não é plena em face da exclusão social que impossibilita às pessoas terem oportunidades menos desiguais no certame, ou mesmo de participar, por não conseguirem cursar uma faculdade de Direito – que confere alguma legitimidade ao Judiciário. Verdade é que há muitas decisões ‘corajosas’ – melhor seria dizer ‘justas’, mas diante do quadro atual, o adjetivo se aplica –, especialmente no primeiro grau de jurisdição, mas elas não são a regra, embora tenham proliferado ante a nova geração de juizes, recém-saídos dos bancos escolares.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, fica patente a sua ilegitimidade, em especial pelo modo de escolha de seus membros, apontados e nomeados pelo Presidente da República – requerendo apenas a chancela do Senado –, que acaba por se converter ele mesmo no Juiz Constitucional Mor, ainda que por via indireta. Na esteira da nomeação vem os julgamentos meramente políticos, o distanciamento dos legítimos anseios populares, inclusive de proteção contra o Poder Público, tudo colaborando para a falta de legitimidade do Supremo Tribunal Federal.

Triste perceber que o sentimento de gratidão, para dizer o menos, conduza a atuação dos julgadores do STF, que deveriam notar que, diante de sua vitaliciedade, a partir da nomeação estão livres de obrigações para com o Presidente, não obstante seja lógico a manutenção de um sentimento de gratidão, mas que não pode(ria) diminuir suas nobres funções para com a Nação.

O mesmo raciocínio se aplica aos membros dos Tribunais em geral, que também são indicados pelo Poder Executivo, sendo aplicáveis as mesmas críticas tecidas quanto ao Supremo Tribunal Federal acerca de sua ilegitimidade. Seria falacioso imaginar que todas as indicações se legitimam tão somente e apenas por

serem previstas constitucionalmente, o que implicaria confundir legitimidade com legalidade, apenas estando esta qualificada por ser a Constituição a lei em questão.

Finalmente, além da sua falta de legitimidade, resta claro diante de todo o exposto, principalmente quando se confronta o que seja uma Corte Constitucional e o fato de estar o Supremo Tribunal Federal na estrutura recursal comum, que não é possível caracterizá-lo como um Tribunal Constitucional nos moldes existentes na Europa, não obstante seja um órgão constitucional. Ele se cuida de uma instância recursal – a mais elevada do Brasil – que acumula as funções de guardião da Constituição, sendo predominante a quantidade de processos referentes às lides individuais<sup>40</sup> e ínfimas aquelas que tocam verdadeiramente a uma Corte Constitucional.

## 8 REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a Constituição**. Tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

FERGUSON, John H., MCHENRY, Dean E. **The American federal government**. 4th ed. New York: McGraw-Hill, 1956.

---

<sup>40</sup> A propósito, LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Op. cit.*, p. 64.

GRIM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

HAURIOU, André. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Trad. castellana, adaptación y apéndice sobre “el derecho *constitucional* y las instituciones políticas en España” de José Antonio González Casanova. Barcelona: Ariel, 1971.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 102

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira** (Estudo de casos – abordagem interdisciplinar). Fortaleza: ABC, 2001.

MONSTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].