



CURSO DE DIREITO

DIEGO RAFAEL NUNES DOS SANTOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

O STF E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Brasília, 31 de maio de 2012

DIEGO RAFAEL NUNES DOS SANTOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

O STF E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Projeto de pesquisa apresentado com a finalidade de concorrer à seleção de projetos de iniciação científica do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC – ICESP/Faculdades Promove, nos termos do Edital ICESP/Faculdades Promove 1/2012 - Bolsa de Iniciação Científica.

Professor orientador: Alex Luciano

Brasília, 31 de maio de 2012

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....	1
1.1 – TEMA.....	1
1.2 – DELIMITAÇÃO DO TRABALHO.....	1
2 - REFERENCIAL TEÓRICO	3
3 - PROBLEMA E SUA RELEVÂNCIA.....	6
4 - JUSTIFICATIVA	7
5 - OBJETIVOS	7
3.1 – OBJETIVO GERAL	7
1.2 – OBJETIVO ESPECÍFICO	7
4 - METODOLOGIA.....	8
5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	8

1 - INTRODUÇÃO

1.1 TEMA

Tribunal Constitucional: o STF e o Estado Democrático de Direito

1.2 DELIMITAÇÃO DO TEMA

O enfoque deste trabalho se deu para o estudo do tema ‘Controle de Constitucionalidade’. Entretanto, ao adentrar no assunto, viu-se que há uma discussão ulterior e substancial acerca desse controle: a proposta teórica de John Marshall com suas experiências na Suprema Corte estadunidense, no início do século XX, e as ideias de Hans Kelsen, em seus estudos sobre a Constituição, ao longo do século XX.

Dessa forma, parte-se do princípio de que o controle somente acontece em Estados Constitucionais Democráticos, ou seja, em formas de governos estatais que partem da utilização de uma Constituição em seu ordenamento político-jurídico, como forma de limitar o uso do poder pelos governantes, numa tradição que remonta às Revoluções Liberais.

Acatando-se o axioma de que uma Constituição tem como finalidade limitar e racionalizar o poder estatal, distribuindo-lho por diversos órgãos independentes e sujeitos a controles, e que é dotada de rigidez e supremacia normativa, desemboca-se no fenômeno do controle de constitucionalidade. Repise-se que só se pode falar em controle do poder nos Estados democráticos [...]. (ALVES JR., 2004: p. 98)

Assim, há a visão de que a Constituição é a Lei Suprema dentro de uma nação. E dela é que se delineia todo ordenamento político e jurídico do Estado, como a organização política – poder Executivo –, as leis ordinárias – do poder Legislativo – e das funções jurisdicionais – do poder Judiciário.

Porém, para se determinar que uma lei – redigida pelo poder Legislativo – tenha validade é necessário que ela seja constitucional, portanto que esteja de acordo com a Carta Magna, Lei Maior do Estado. E, para que haja um controle dessa situação – da avaliação da constitucionalidade das leis realizadas pelo poder legislativo – é necessário um órgão que tenha a função de Controlar as Constitucionalidades das leis inferiores à Constituição.

Nesse sentido, é necessário que o Estado tenha determinado que a Constituição – como Lei Soberana – tenha uma forma de alteração rígida, pois, caso não seja, a lei ordinária poderia facilmente alterar as disposições constitucionais e fazer aplicar outra lei ordinária que poderia ser inconstitucional.

A experiência da criação de um órgão que controlasse a constitucionalidade das leis ordinárias é de longa data, desde as reflexões de Emmanuel Sieyès – jurista contemporâneo da Revolução Francesa. Este propôs que um órgão político deveria controlar a constitucionalidade dos atos legislativos, que no ano III – da Revolução – o trouxe para a Convenção para a criação de um *Jurie Constitutionaire*, que seria representativo e com competência para anular leis e julgar controvérsias dos atos inconstitucionais. (BONAVIDES, 2010: p. 300)

Mas que essa tentativa se tornou prática quando se criou *Sénat Conservateur* no ano VIII, que tinha poderes de decretar prontamente, ou através da ação de um Tribunato, a inconstitucionalidade de leis ordinárias. (*Idem*: p. 300; TEMER, 2007: p. 45)¹

Houve, então, várias tentativas de se instituir órgãos políticos de Controle de Constitucionalidade, já que o primeiro malogrou: o Senado da Constituição em 1858 se transformou na prática, numa segunda Câmara Legislativa, enquanto o Comitê Constitucional de 1946 teve um desempenho medíocre e obscuro. (*Loc. Cit.*)

“A tentativa mais eficaz, feita naquele país, foi com a criação do Conselho constitucional, da Constituição de 1958.” Sendo que o artigo 62 dessa Constituição determinou a irrecorribilidade das decisões do Conselho. (TEMER, 2007: p. 45)²

E, para nosso estudo, a utilização de um órgão jurisdicional de Controle de Constitucionalidade, que é o mais disseminado e empregado no mundo devido a disseminação da ideia do Estado de Democrático de Direito. Originado do modelo estadunidense, com sua Suprema Corte, essa forma de controle constitucional é comumente conhecida e difundida como Jurisdição, ou Justiça Constitucional.

Entretanto, para este trabalho utilizar-se-á a terminologia ‘Tribunal Constitucional’, pois é analisada a acepção de sua função julgadora. Isso se deve porque a termo ‘Jurisdição’ e ‘Justiça’ etimologicamente deriva da ideia de ‘Juízo’, ou seja, com a perspectiva de um conceito, parecer, opinião, tino, seriedade. (CUNHA, 2007: p. 457 verbete ‘juízo’) Já o conceito de ‘Tribunal’ provém de ‘tribuno’ e designa ‘local de julgamento judicial’. (*Idem*: p. 788 verbete ‘tribuno’) Dessa forma, interage muito mais com sua função julgadora, de fato um Tribunal Constitucional.

¹ Na obra de Michel Temer o ano revolucionário em que se instituiu o Senado Conservador foi VII, pode ser entendido como erro datilográfico.

² Vale expor a experiência de um órgão político de Controle Constitucional na Constituição Soviética de 1936. (BONAVIDES, 2010: p. 300)

O professor doutor André Ramos Tavares advoga o seguinte argumento para a utilização dessa nomenclatura:

Prefere-se a expressão empregada àquela outra, comumente utilizada, denominada “jurisdição constitucional”, por ser esta última [Tribunal Constitucional] circunscrita ao estudo do processo constitucional. A presente teoria inclui, como se verificará, estudos de legitimidade democrática, natureza jurídica da atividade e da instituição mencionada, além de outros igualmente relevantes para fins de sua construção. (TAVARES, 2005: p. 3)

Portanto, há um encargo de vários outros questionamentos ao abordar o assunto dessa forma, adentrando em discussões mais ulteriores do que simplesmente expor uma função objetiva.

2 – REFERENCIAL TEÓRICO

O modelo utilizado no Brasil de um Tribunal Constitucional foi pautado, como exposto anteriormente, no exemplo estadunidense que faz parte do poder Judiciário, sendo o chefe desse poder, interpretando e decidindo controvérsias das leis federais – em grau de última instância – e, ao mesmo tempo, com o poder de julgar a constitucionalidade das leis, irrevogavelmente.

Esse modelo evoluiu das influências do pensamento federalista e republicano de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay que buscavam realizar a confederação das colônias estadunidenses, unidas pela Federação, através de suas publicações durante os anos de 1787 e 1788.

Dessa maneira, eles buscaram sustentar que uma lei maior, superior, deveria ser estabelecida para integrar a união federal, abrindo mão da soberania territorial e integrando os Estados Unidos.

Assim, ao longo de suas publicações, buscaram apresentar o pensamento republicano, democrático e de União dos Estados americanos, se distanciando do modelo inglês por meio de uma nova Constituição:

Depois que a experiência lhes mostrou, pela maneira menos equívoca, a insuficiência do governo federativo que atualmente existe, eis que são chamados a deliberar sobre uma nova Constituição para os Estados Unidos da América. A simples exposição do assunto é o argumento da suma importância: trata-se da existência da nossa União, da segurança e prosperidade dos Estados que a compõem, da sorte de um império, em certo modo, o mais interessante que existe no universo. Estava reservado à América resolver essa importante questão. Se os homens são capazes de dar a si mesmos um bom governo por própria reflexão e escolha, ou se a

Providência os condenou a receberem eternamente a sua Constituição política, da força ou do acaso, e se assim é, chegou com a crise em que nos achamos o momento da decisão do problema. (HAMILTON, MADISON & JAY, 2003: p. 13)

As várias considerações dos autores abordam desde a questão de soberania, divisão dos poderes, eleições, presidencialismo, até o controle de constitucionalidade por um órgão jurisdicional. Nesse ínterim, surge a abordagem de um Tribunal Constitucional:

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. *Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.* (Idem: pp. 459-60, grifo nosso)

Nesse ponto, as propostas dos federalistas repercutiram bastante e acabaram por influenciar significativamente as decisões dos juízes da Suprema Corte. John Marshall, pela aprovação do Senado, foi nomeado o primeiro juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1801. Porém, o julgamento que fez com que ficasse a prova a matéria constitucional e leis ordinárias foi com a contestação entre William Marbury contra James Madison envolvendo o *Judiciary Act* de 1789, iniciado em 1801 através de um *Mandamus* e que em última instância chega na Suprema Corte em 1803, quando John Marshall era o *Chief Justice* e relator do processo. (MARSHALL, 1903: pp. 1-2)

Nas palavras de John Marshall fica clara a influência teórica dos Federalistas:

Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não possam se tornar confusos ou apagados, a Constituição é escripta. Para que fim os poderes são limitados, e com que intuito se confia á escripta essa delimitação, si a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aquelles que se quiz refreiar? A distincção entre um governo de limitados ou de illimitados poderes se extingue desde que taes limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que actos prohibidos e actos permitidos sejam de equal obrigatoriedade. E' uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinarios.

Não ha meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutavel pelas fórmulas ordinarias; ou está no mesmo nivel conjunctamente com as resoluções ordinarias da legislatura e, com as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Si é verdadeira a primeira parte do dilemma, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escriptas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza illimitavel.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escriptas consideram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseguintemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma constituição escripta, deve ser que é nulla toda resolução legislativa com ella incompativel. (MARSHALL, 1903: p. 25, verossímil ao original)

Aqui fica evidente uma nova perspectiva sobre a incompatibilidade das leis ordinárias em relação à Constituição: a nulidade dos atos infraconstitucionais quando inconstitucionais. Aqui se apresenta o primeiro modelo de Tribunal Constitucional em âmbito jurisdicional, o que influenciaria posteriormente a proposta seguinte de Hans Kelsen, no século XX.

O contexto em que Kelsen emprega seu argumento leva em conta uma contraposição a outro autor, o jurista Carl Schimtt, abordando quem seria o ‘Guardião da Constituição’.

Dentro da tradição de Marshall, enxergando a Constituição como a Lei Suprema de um Estado, Hans Kelsen discute o Controle de Constitucionalidade por um órgão jurisdicional, porém conclui a incompatibilidade de forma distinta:

Como a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, e como uma norma só pertence a uma determinada ordem jurídica porque e na medida em que se harmoniza com a norma superior que define a sua criação, surge o problema de um possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, isto é, a questão: quid juris, se uma norma não está em harmonia com a norma que determina a sua produção, especialmente se não corresponde à norma que preestabelece o seu conteúdo? Um tal conflito parece apresentar-se quando se tomem ao pé da letra certas expressões que são usuais na jurisprudência tradicional. Com efeito, esta fala de decisões jurisdicionais “ilegais” e de leis “anticonstitucionais” e, assim, dá a impressão de ser possível algo como uma norma contrária às normas em geral e uma norma jurídica antijurídica em especial. Sim, o próprio Direito parece contar com direito antijurídico e confirmar a sua existência pelo fato de tomar muitas disposições que se consideram ter como fim a anulação de direito antijurídico. Se, porém, existisse tal coisa como um direito antijurídico, desapareceria a unidade do sistema de normas que se exprime no conceito de ordem jurídica (ordem do Direito). Mas uma “norma contrária às normas” é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida - seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído) pela via do Direito. Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é o sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido. Anular uma norma significa, portanto, retirar um ato, que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa pôr termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de - como o mostrará a análise subsequente - considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao Direito. (KELSEN, 1998: p. 186)

Assim sendo, surge a polêmica entre as duas perspectivas teóricas sobre o julgamento de inconstitucionalidade: Kelsen defende a questão da anulabilidade constitucional de normas infraconstitucionais. Nesse sentido, ele ainda afirma sua lógica:

A expressão costumeira que diz que “um estatuto inconstitucional” é inválido (nulo) é um enunciado sem sentido, já que um estatuto inválido simplesmente não é um estatuto. Uma norma não-válida é uma norma não-existente, juridicamente uma não-entidade. A expressão “estatuto inconstitucional” aplicada a um estatuto considerado válido é uma contradição de termos. Porque se o estatuto é válido, ele só pode ser válido por corresponder à constituição; ele não pode ser válido se contrariar a constituição. O único fundamento de validade de um estatuto é ter sido criado de modo previsto pela constituição. Porém, o que se quer dizer com a expressão é que um estatuto, segundo a constituição, pode, por algum motivo especial, ser anulado de outro modo que não o comum. [...] A constituição pode então designar o órgão que tem de decidir se as prescrições que regulam a função legislativa foram ou não observadas. [...] Se não for invocado nenhum outro órgão diverso do legislativo para averiguar a constitucionalidade dos estatutos, a questão de saber se um estatuto é constitucional ou não tem de ser decidida única e exclusivamente pelo próprio órgão legislativo. Nesse caso, nenhum estatuto decretado pelo órgão legislativo pode ser considerado “inconstitucional.” (KELSEN, 2000: pp. 224-25)

Aqui é visível a disparidade e crítica entre os modelos de Marshall e de Kelsen acerca da Constitucionalidade das Leis. O órgão que tem o direito de avaliar e julgar essa constitucionalidade é o Tribunal Constitucional.

Ainda que haja convergência opinativa sobre um órgão que haja com elementos do sistema de medidas técnicas na garantia do exercício regular das funções estatais, (KELSEN, 2003: pp. 123-124) o modo preconizado por Kelsen é substancialmente distinto.

No caso brasileiro tem-se o chefe do poder Judiciário, o Superior Tribunal Federal – STF – como controlador de constitucionalidade. Este órgão cumpre a função de um Tribunal Constitucional no Brasil. E é nesse ponto que nosso trabalho desenvolve indagações.

3 – PROBLEMA E SUA RELEVÂNCIA

O Tribunal Constitucional Brasileiro, representado pelo Supremo Tribunal Federal, constitui o resultado de uma discussão política de longa data: o modelo preconizado por John Marshall de nulidade de leis inconstitucionais e anulabilidade das legislações por Hans Kelsen.

No processo de decisão democrática, o Brasil adotou o modelo norte-americano de Marshall, instituindo o STF como o controlador da constitucionalidade brasileira. Dessa forma, essa instituição se caracteriza constitucionalmente pela não eleição direta, ou seja, seus membros não têm uma representatividade democrática em sentido estrito.

Aqui permanece a discussão: como a instituição salvaguarda da Constitucionalidade brasileira - da lei maior - não passa por um processo democrático, votado pelo povo que é detentor do poder?

4 – JUSTIFICATIVA

Este assunto é de grande importância para o estudo do Direito, sobretudo acerca das bases democráticas sustentadas pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. A desconformidade à democracia é algo preconizadamente negativo num Estado de Democrático, e quando a política se sobrepõe à questão democrática fica evidente uma descaracterização dos fundamentos da sociedade democrática.

Portanto, o tema busca contribuir para uma maior reflexão do papel do Superior Tribunal Federal, órgão que contém uma função de Tribunal Constitucional, mas que, ainda sim, sustenta um modelo não democrático de escolha de seus juízes constitucionais.

5 – OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GERAL

Este trabalho pretende discutir o controle de constitucionalidade e sua evolução histórica ao longo da era moderna. E destacará o papel do Tribunal Constitucional no Estado Democrático de Direito no controle de constitucionalidade.

5.2 OBJETIVO ESPECÍFICO

Especificamente, esta pesquisa busca apresentar o modelo brasileiro de Controle de Constitucionalidade e abordar sua relação com o Estado Democrático de Direito, o qual o povo elege seus representantes através do sufrágio. Entretanto, os membros que compõem o órgão de Controle Constitucional brasileiro, são técnicos, juízes de carreira, que são pinçados por outro processo.

6 – METODOLOGIA

Através de um levantamento bibliográfico, este estudo funda seu método de trabalho. Expondo de forma relevante os principais argumentos que sustentam a discussão do tema, elevando os principais coadjuvantes das perspectivas teóricas, a pesquisa é de cunho bibliográfico, expositiva e crítica.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES JR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

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

_____, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. [reimpressão fac-similar da tradução de Américo Lobo de 1903].

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.