

KLAUS BAYER RIESEMBERG

**A ESCOLHA DOS MEMBROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DAS
CORTES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO**

**CURITIBA
2005**

KLAUS BAYER RIESEMBERG

**A ESCOLHA DOS MEMBROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DAS
CORTES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Prof. orientador: Elizeu de Moraes Corrêa.

**CURITIBA
2005**

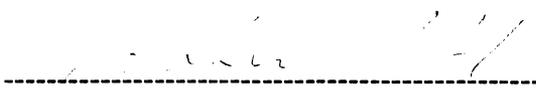
TERMO DE APROVAÇÃO
KLAUS BAYER RIESEMBERG

**A ESCOLHA DOS MEMBROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DAS
CORTES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.



Prof.º orientador: Elizeu de Moraes Corrêa.



Prof.º Dr. Manoel Eduardo A. C. e Gomes.



Prof.º Dr. Luiz Marlo de Barros Silva.

CURITIBA
2005

Sumário

Resumo.....	2
Introdução.....	3
1. Supremacia Constitucional.....	4
2. Jurisdição Constitucional.....	6
3. Controle de Constitucionalidade.....	7
4. O modelo europeu de controle de constitucionalidade.....	10
4.1. As características comuns das Cortes Constitucionais na Europa.....	12
4.2. A escolha dos membros em algumas Cortes Constitucionais européias.....	16
4.2.1. Na Corte Constitucional Austríaca.....	17
4.2.2. No Tribunal Constitucional Federal Alemão.....	18
4.2.3. Na Corte Constitucional Italiana.....	19
4.2.4. No Conselho Constitucional Francês.....	20
4.2.5. No Tribunal Constitucional Espanhol.....	21
4.2.6. No Tribunal Constitucional Português.....	22
4.2.7. Na Corte de Arbitragem Belga.....	23
4.2.8. Em outras Cortes.....	24
5. O modelo estadunidense de controle de constitucionalidade.....	26
5.1. Escolha dos membros da Suprema Corte.....	29
6. O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.....	31
6.1. Procedimento para escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal...32	
Conclusão.....	36

Resumo

Este trabalho visa demonstrar a forma como é realizada a escolha de membros de algumas Cortes Constitucionais européias e da Suprema Corte estadunidense, fazendo um estudo de Direito Comparado, analisando a forma de ingresso na função, com os requisitos formais necessários para efetivação no cargo, bem como a duração dos mandatos, quando existentes. Por fim, um estudo do funcionamento deste processo no Supremo Tribunal Federal.

O tema é de relevância para compreensão do Direito Constitucional, pois se trata da escolha dos sujeitos a que pertence a legitimação para efetuar o controle de constitucionalidade, quando de sua competência, nos diversos sistemas jurídicos que possuem este instituto.

Introdução

Será apresentada a idéia da supremacia constitucional, da atuação da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade para fundamentar a questão e delimitar o tema, traçando uma linha geral que determina pontos em comum nos ordenamentos jurídicos de Direito comparado, pois seria inviável para este estudo abordar os sistemas constitucionais de todos os países e analisar suas respectivas Cortes Constitucionais.

A verificação específica de cada uma das Cortes adiante apresentadas tem como finalidade revelar como é feita a escolha de seus membros, detalhando a forma como estes ingressam em suas funções. Será abordada a composição destas Cortes, com o número de membros, limitação legal ao tempo de permanência na função e requisitos específicos para sua admissão.

Um estudo mais aprofundado será dedicado ao processo de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal, dada a relevância da matéria para o Direito Constitucional pátrio.

1. Supremacia Constitucional

A idéia inicial que se apresenta é a da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, que, para Kelsen, está ligada à própria noção de Constituição, tendo em vista que:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto tal noção coincide com a de forma de Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.¹

Em seu estudo do controle de constitucionalidade, Oswaldo Luiz Palu afirma que “o princípio da supremacia constitucional constitui o alicerce em que se assenta o edifício do moderno Direito Público. Normas constitucionais põem-se acima das demais normas jurídicas (hierarquia) e essa preeminência é que vai constituir superioridade da Constituição”.²

Verifica-se, portanto, que nesse sistema normativo, a Constituição de um Estado é a norma suprema, ou seja, fundamental, pois é nela que se busca a validade das normas existentes no ordenamento jurídico.

¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130.

² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 22.

Acompanhando esta idéia, Regina Ferrari esclarece que:

Se reconhecermos o escalonamento da ordem jurídica e admitirmos que a unidade da mesma se realiza na existência de uma norma de grau superior, que fundamenta a validade do sistema, como um todo, sentimos necessidade de buscar a validade desta norma, que se encontra no ápice da pirâmide kelseniana, e que, se seguirmos a mesma linha de pensamento, isto é, que uma norma inferior busca sua validade em uma norma imediatamente superior, e assim por diante, chegaríamos sempre à existência de uma norma fundamental, a qual não poderia, sob pena de levarmos este raciocínio ao infinito, buscar sua validade em outra que seria o fundamento de validade desta.³

Continua o raciocínio, questionando qual seria o fundamento de validade da própria Constituição, encontrando em Kelsen a idéia de existência e reconhecimento de uma norma hipotética fundamental, responsável pela unidade do sistema jurídico, que não é uma norma de direito positivo, mas um pressuposto lógico-transcendental que serve de base para o ordenamento jurídico, mas que se encontra fora dele, onde esta norma hipotética fundamental tem como enunciado “devemos nos conduzir como a Constituição prescreve”. Este enunciado é pressuposto logicamente e serve de base para a norma fundamental da ordem jurídica, que é a Constituição.

³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55.

2. Jurisdição Constitucional

Dada sua relevância, a Constituição é defendida através de uma jurisdição constitucional.

Para José Afonso da Silva, “A jurisdição constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos. Essa é uma questão fundamental, que se coloca em resposta aos tipos de ataques que a Constituição pode sofrer...”.⁴

Hans Kelsen já esclarecia que “a garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”.⁵

Apesar da divergência na doutrina acerca do conceito de jurisdição constitucional, opta-se pelo entendimento de Cappelletti de que o controle judicial sobre a legitimidade das leis é apenas um dos aspectos desta jurisdição constitucional, mas provavelmente, uma das mais importantes.⁶

Para que esta jurisdição constitucional se efetive surgiram, basicamente, dois sistemas de controle de constitucionalidade, o estadunidense e o europeu, cada um com suas características próprias, mas com a mesma finalidade de preservar a Constituição.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 555.

⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição...** op. cit. p. 123.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 23 e ss.

3. Controle de constitucionalidade

Em um conceito sintético, Alexandre de Moraes afirma que “Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.⁷

Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade).

Ressalte-se que, se possível for, a fim de garantir-se a compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais, deverá ser utilizada a técnica da interpretação conforme.

Alessandro Pizzorusso aponta a primordial finalidade de controle de constitucionalidade, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais, afirmando que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da inexistência de procedimentos específicos, “o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, pela remessa dos autos à Corte Constitucional, concebido para resolver uma questão prejudicial para a decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos”.⁸

Klaus Schlahi, analisando a proteção dos direitos fundamentais pelos demais órgãos do Poder Judiciário alemão aponta que “a plena possibilidade dessa hipótese constitui-se uma das inovações mais importantes da jurisprudência tedesca, pois os tribunais têm o direito e são chamados a aplicar diretamente a Constituição quando necessário, interpretando as leis ordinárias de acordo com o Direito Constitucional.”⁹

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 579.

⁸ PIZZORUSSO apud MORAES, Alexandre de, *ibidem*, p. 577.

⁹ SCHLAIH apud MORAES, Alexandre de, *ibidem*, p. 578.

Kelsen esclarece que uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. “Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela”.¹⁰

O controle difuso de constitucionalidade no direito alemão caracteriza-se pela previsão da denominada “questão de inconstitucionalidade” (Richterklage). Os tribunais alemães, quando consideram inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, terão de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação da Lei Fundamental.

O controle difuso de constitucionalidade alemão, apesar de mitigado em relação ao norte-americano, permite a análise sobre a constitucionalidade das leis por todos os juizes e tribunais, porém, a declaração de inconstitucionalidade das leis é primazia do Tribunal Constitucional Federal, pois como adverte Otto Bachof: “Seria inexacto falar de um monopólio de controlo dos tribunais constitucionais, pois o controlo cabe em primeiro lugar ao tribunal de instância, só tendo este de submeter a questão ao tribunal constitucional depois de haver ele próprio negado constitucionalmente”.¹¹

Em síntese, como ensina Cappelletti, ao analisar a jurisdição constitucional alemã, “todos os juizes, e não apenas os juizes superiores, são legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional, limitadamente às leis relevantes nos casos concretos submetidos a seu julgamento; e este julgamento será suspenso, enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade”.¹²

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 87.

¹¹ BACHOF apud MORAES, Alexandre de, *ibidem*, p. 578.

¹² CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.* p. 109.

próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.¹³

O controle será jurisdicional, quando, de acordo com Cappelletti: o sistema em que o controle é confiado a órgãos judiciários, que exercem uma função jurisdicional.¹⁴

O controle será político quando exercido por órgão que pertença ao poder executivo ou legislativo ou exercido diretamente pelo parlamento (auto-controle como Holanda, Luxemburgo e Finlândia), poderes que exercem funções predominantemente políticas e não pelo poder judiciário, que exerce função predominantemente técnica. O controle será político também quando exercido por Corte Constitucional (ou Tribunal, ou Conselho) que não integrem o poder judiciário e tenham composição predominantemente determinada por critérios de escolha política.

Um exemplo de Estado nacional que exerce o controle político, concentrado e prévio de constitucionalidade é a França. Decorre do movimento revolucionário francês a partir de 1789 a grande desconfiança em relação aos tribunais, intimamente ligados ao antigo regime. No ano III da Revolução Siéyès propôs à Convenção a criação de um Júri Constitucional que deveria se colocar acima dos poderes do estado. A idéia foi rejeitada, mas serviu mais tarde como base do atual Conselho Constitucional previsto na Constituição francesa de 1958. Como já mencionado, este sistema traz um sério problema ao permitir, ou mesmo exigir, o cumprimento indiscriminado da norma legislativa pelo Judiciário, uma vez que este poder não pode se manifestar sobre sua inconstitucionalidade. Entretanto, decorrente da diferença que expusemos entre jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, nada impede (a não ser a falta de tradição) que o juiz francês promova a interpretação constitucionalmente adequada. É importante lembrar que na Europa um dos raros países que expressamente confere o controle de constitucionalidade à magistratura é a Irlanda (e mesmo assim apenas às duas cortes superiores).

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito...** op. cit. p. 578.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit. p. 26.

4. O modelo europeu de controle de constitucionalidade

A respeito da criação do modelo original de Corte Constitucional e das subseqüentes implantações deste modelo na Europa, lembra José Magalhães:

A criação de Cortes (tribunais ou conselhos não pertencentes ao judiciário), como alternativa ao auto-controle de constitucionalidade pelo legislativo (o parlamento ou órgão do parlamento) ocorre após a primeira grande guerra. Sob a influência de Kelsen criou-se na Áustria em 1920 um órgão especial de caráter constitucional, ou seja, uma Corte de caráter jurídico-político, a Corte Constitucional. Órgãos semelhantes encarregados do controle de constitucionalidade foram também criados na Tchecoslováquia em 1920; na Espanha republicana em 1931 e na Espanha democrática de 1978; Itália em 1947; Alemanha Federal em 1949; Chipre, 1960; Turquia, 1961; Iugoslávia, 1963 e 1974; Guatemala, 1965 e Chile, 1925. Interessante ainda lembrar a proibição da Constituição austríaca de 1920 dos tribunais apreciarem a validade de leis regularmente publicadas. A Itália e Alemanha que adotaram sistemas semelhantes no pós segunda guerra inspirados no Austríaco de 1920, no que diz respeito ao limite imposto ao judiciário traz um pequeno avanço: os órgãos do poder judiciário não podem declarar inconstitucionalidade mas qualquer magistrado tendo dúvidas sobre a constitucionalidade de uma lei que devem aplicar em um caso concreto submetido a sua apreciação, deve suspender o julgamento e remeter os autos à Corte (Tribunal) Constitucional, que então decidira a respeito da questão constitucional.¹⁵

O desenvolvimento da justiça constitucional é certamente o acontecimento mais marcante da história do Direito constitucional europeu da segunda metade do séc XX. Atualmente não podemos mais conceber um sistema constitucional que não dê lugar a essa instituição e, na Europa, todas as novas constituições prevêm a existência de uma Corte Constitucional.¹⁶

Entretanto, mesmo que a maior parte das Cortes Constitucionais situe-se efetivamente na Europa, mais precisamente na Europa continental, esta nova forma de

¹⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Controle de Constitucionalidade e a Reforma do Poder Judiciário: A Necessidade de um novo Supremo Tribunal Federal**. Art 43. CAD, Belo Horizonte. Disponível em: www.cadireito.com.br/artigos/art43.htm. Acesso em: 20 de agosto de 2005.

justiça constitucional surgiu na América Latina e na Ásia, após instalar-se também na África. Portanto, se existe um “modelo europeu” de justiça constitucional, como há um “modelo estadunidense”, é evidente que esses dois modelos podem ser aplicados em outros sistemas além daqueles que lhes deram origem.¹⁷

Uma Corte Constitucional, de acordo com o entendimento de Favoreu, é:

... uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos. Uma Corte Suprema ou um Tribunal Supremo, ou mesmo a Câmara Constitucional de uma Corte Suprema, podem ser jurisdições constitucionais. Contudo, (...) pouco importa que esta ou aquela Corte Constitucional seja formalmente denominada ‘Conselho’, ‘Tribunal’ ou mesmo ‘Corte Suprema Constitucional’, desde que corresponda à definição que acabamos de esboçar...¹⁸

O contencioso constitucional, que se distingue do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que tem efeito absoluto de coisa julgada.

O sistema europeu desenvolveu-se como resposta aos ataques político e ideológico da Constituição. O sistema de defesa não poderia ser senão de natureza política e ideológica. A evolução chegou à institucionalização das Cortes Constitucionais, a partir de 1920, como os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, fundado no critério de controle concentrado.¹⁹

¹⁷ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**.-. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 15.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ SILVA, José Afonso da, op. cit. p. 555.

4.1. As características comuns das Cortes Constitucionais na Europa

As Cortes Constitucionais apresentam características comuns que permitem identificá-las, mas, além desses traços comuns, elas têm particularidades que correspondem ao meio institucional e sociológico em que se inserem.

Será feito aqui um retrato-modelo da Corte constitucional.

Como demonstra Favoreu:

Atualmente, as Cortes Constitucionais são implantadas nos Estados dotados de um regime parlamentarista (Alemanha Federal, Itália, Espanha, Bélgica) ou semi-parlamentarista (França, Áustria, Portugal) nos quais é aplicado um sistema de dualidade ou de pluralidade de jurisdições ou de ordens jurídicas: a Itália, a França, a Áustria, a Bélgica, Portugal e a Espanha têm duas espécies de jurisdição (administrativa e judiciária) e a Alemanha Federal, cinco. Quanto à Grécia, se a Corte Especial Superior torna-se progressivamente uma Corte Constitucional, deve-se à existência de dois ou três graus de jurisdição. Basta enviar àquela que estiver acima.²⁰

A justiça constitucional é confiada a uma Corte ou Tribunal Constitucional “independente de qualquer outra autoridade estatal”. A condição para essa independência é a existência de um ordenamento constitucional da Corte, que defina a organização, o funcionamento e as atribuições, colocando-os fora do alcance dos poderes públicos que a Corte está encarregada de controlar. Isto supõem, portanto, a inscrição das disposições necessárias na própria Constituição, assim como a autonomia estatutária administrativa e financeira da instituição e garantias de independência para os seus membros.²¹

Qualquer instituição, cuja existência, funcionamento ou atribuições arrisquem-se a serem desprezados pelo legislador ou pelo governo, não pode ser considerada como uma Corte Constitucional, nem como uma jurisdição constitucional.

²⁰ FAVOREU, Louis. op. cit. p. 27.

²¹ Idem.

Sobre o monopólio do contencioso constitucional, justiça constitucional é concentrada nas mãos de uma jurisdição especialmente formada para tanto e que goza de um monopólio nesse domínio: o que significa que os juizes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado à Corte Constitucional.²²

Assim sendo, é evidente que o contencioso constitucional, cujo julgamento é objeto de um monopólio reservado à Corte, não tem o mesmo conteúdo em cada caso, todavia comporta, ao menos, o contencioso da constitucionalidade das leis.

As Cortes Constitucionais, ao contrário das jurisdições ordinárias, não são compostas por magistrados de carreira, que alcançaram seu posto por meio de promoções regulares e progressivas. A indicação dos membros das Cortes não obedece aos critérios tradicionais, o que o distingue das jurisdições ordinárias (ainda que possam existir, no seio das jurisdições ordinárias, indicações que não correspondem aos critérios tradicionais, por exemplo, o Conselho de Estado Francês, por ocasião das indicações para o turno exterior), os juizes não são necessariamente magistrados; podem ser escolhidos também entre os professores de Direito, advogados, funcionários, como na França, onde não é mister que sejam juristas.

Kelsen recomendava que fosse criado “um lugar adequado para os juristas profissionais”, não obstante, sua fórmula indicava que “o lugar adequado” não era exclusivo e admitia que pudesse ser dos não especialistas ao lado dos “especialistas”, pois estes poderiam “dedicar-se muito mais às considerações puramente técnicas, porque sua consciência política ficaria desimpedida, devido à colaboração dos membros escolhidos para defender interesses especificamente políticos”.²³

A designação feita pelas autoridades políticas pressupõem uma liberdade de escolha. Já foi mostrado que essa intervenção das autoridades políticas, longe de ser um defeito, é, ao contrário, uma qualidade, na medida em que esse tipo de indicação reforça sua legitimidade e aproxima o sistema europeu do sistema estadunidense: “Essa diferença importante (a não eleição dos juizes) entre os mundos da *civil law* e da

²² Ibidem, p. 28.

²³ KELSEN apud FAVOREU, Louis. Ibidem, p. 28.

common law foi, se não abolida, ao menos recentemente atenuada, principalmente pelo criador (...) das Cortes Constitucionais, cujos juizes são na maioria pessoas eleitas ou designadas politicamente”. Nesse sentido, veremos que Kelsen, após mencionar os modelos de recrutamento possíveis (principalmente a eleição pelo Parlamento e a indicação pelo chefe de Estado, ou a combinação de ambas), acha “preferível aceitar essa participação legítima na formação do tribunal, do que uma influência oculta e conseqüentemente não controlável pelos partidos políticos”.²⁴

Se comparadas as composições reais das diversas Cortes Constitucionais no presente momento, constata-se que há muitas semelhanças: as autoridades políticas, quaisquer que sejam, designaram juizes próximos ou destacados por suas tendências políticas; de fato, na Alemanha, na Itália, na Espanha, na França ou na Áustria, os dois ou três principais partidos políticos dividem as escolhas entre si, mesmo quando, como na Alemanha ou na Espanha, tentou-se tomar precauções para evita-lo; além disso, as origens dos membros são muito parecidas, tendo como característica principal a grande proporção de professores universitários. Neste ponto, pode-se observar que não é por acaso que, nos países considerados, a independência dos professores universitários é maior do que a dos magistrados.

Para garantir a qualidade da Corte Constitucional é preciso também que a instituição seja uma verdadeira jurisdição, mesmo assim é preciso esclarecer que ela deve ser considerada de acordo com as características das jurisdições constitucionais, e não conforme as definições do Direito privado ou do Direito administrativo. Em qualquer hipótese, não importam as múltiplas variações sobre o tema da natureza político-jurisdicional, jurídico-política, ou não jurisdicional das jurisdições constitucionais, pois definitivamente é preciso dar-lhe um nome: e já que em Direito comparado são consideradas como jurisdições, por que teimar em recusar-lhe esse predicado? Além disso, recusar essa denominação por razões de composição, de modo de designação dos membros ou de funcionamento, equivale a recusar todas, inclusive a

²⁴ *Ibidem*, p. 29.

Corte Suprema estadunidense, uma vez que ela apresenta características semelhantes, principalmente em sua composição.²⁵

Isso é válido evidentemente para o Conselho Constitucional Francês, pois, nem em sua composição, nem em suas atribuições, tampouco em seu funcionamento, ele difere das outras Cortes. Não podemos alegar nem a frouxidão das regras de recrutamento, nem a politização das designações, pois sua composição real é muito semelhante à das outras Cortes, tampouco o caráter obrigatório de alguns controles, ou a ausência do caráter contraditório no seu procedimento, nem o fato de que ela estabelece regras às vezes *ultra petita*, já que as várias Cortes estudadas (alemã, italiana, austríaca ou espanhola) vão muito mais longe, apoderando-se de ofício da constitucionalidade de algumas leis, sequer o caráter preventivo do controle das leis, pois as mesmas Cortes o praticam de fato, sem verem contestado seu caráter jurisdicional.²⁶

Definitivamente, o que importa é que a Corte Constitucional afirme o Direito com autoridade de coisa julgada e que suas declarações de inconstitucionalidade possam terminar em anulações com efeito *erga omnes*. Em compensação, quando à Corte cabe apenas devolver a lei ao Parlamento, sem poder anulá-la, podemos duvidar que se trate de uma verdadeira jurisdição; não obstante, ao contrário, quando ela pode oficialmente reescrever a lei e substituir os dispositivos legislativos por seus próprios dispositivos, ela exerce então a função do legislador. Como diz um especialista “a impossibilidade de os órgãos (encarregados do controle de constitucionalidade) introduzirem modificações n texto que lhes é submetido, diferencia (...) claramente a função de controle”.

Uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional é a diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira está necessariamente – daí seu nome – colocada no cume de um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo aparelho jurisdicional. Como observa V.

²⁵ FAVOREU, Louis, op. cit. p. 32.

²⁶ Idem.

Crisafulli a propósito da Corte italiana, ela “não entra na ordem judiciária, nem na organização jurisdicional no sentido mais amplo do termo:... A Corte Constitucional... fica fora dos poderes estatais tradicionalmente conhecidos; ela forma um Poder independente cujo papel consiste em assegurar o respeito à Constituição em todos os domínios”.²⁷

Todavia, se organicamente ele tem uma total independência, funcionalmente podem existir relações: assim é com os procedimentos de remessa dos Tribunais ordinários à Corte Constitucional, e também dos procedimentos do tipo *amparo* espanhol ou do recurso constitucional alemão, que permitem encaminhar decisões jurisdicionais à Corte Constitucional por violação dos direitos fundamentais. O sistema francês é o único que não permite estas ligações entre juizes ordinários e o juiz constitucional (exceto excepcionalmente em matéria eleitoral).²⁸

4.2. A escolha dos membros em algumas Cortes Constitucionais européias

Para Canotilho, ao tratar dos Tribunais, “a composição de um Tribunal Constitucional, dadas as funções jurídico-políticas a ele atribuídas, é sempre um problema central da organização do Estado, independentemente das dimensões acentuadas na escolha concreta dos juizes”.²⁹

²⁷ CRISAFULLI apud FAVOREU, Louis. op. cit. p. 33.

²⁸ Idem.

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4º ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 663.

4.2.1. Na Corte Constitucional Austríaca

A Corte compõem-se de um Presidente, de um vice-presidente, de 12 juizes titulares e de seis juizes suplentes.³⁰

A partir de 1929 o poder de nomeação pertence ao Presidente da Federação por proposição: do Governo Federal para o Presidente, o vice-presidente, seis juizes titulares e três juizes suplentes; do Conselho Nacional, para três juizes titulares e dois juizes suplentes; do Conselho Federal, para três juizes titulares e um juiz suplente.³¹

Quando o Conselho Nacional ou o Conselho Federal precisam fazer indicações para preencher uma vaga, elaboram uma lista de três nomes, entre os quais o Presidente da Federação pode teoricamente escolher, mas é sempre nomeado o primeiro da lista.

Assim, pode-se dizer que o Conselho Nacional e o Conselho Federal nomeiam três membros cada um. Nota-se que o governo, ao indicar sozinho oito membros titulares, entre os quais o Presidente e o vice-presidente – a maioria do poder – pode orientar a composição da Corte no sentido que lhe for favorável: “De acordo com a prática adotada, a indicação dos juizes obedece à regras políticas, e é o partido político que tem responsabilidades governamentais que pode indicar uma maioria de membros à Corte Constitucional”. Entretanto, devemos notar que, em virtude de um pacto tácito entre os dois principais partidos, estabelece-se geralmente um equilíbrio. Uma vez nomeados, os juizes permanecem na função até completar setenta anos.³²

Para ser nomeado juiz titular ou suplente da Corte Constitucional, é preciso ter “completado os estudos de direito e ter exercido ao menos por dez anos uma profissão para a qual o término desses estudos é exigido”.³³

³⁰ FAVOREU, Louis. op.cit. p. 42.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Ibidem, p. 43.

As nomeações feitas por proposição do governo Federal são submetidas a condições mais estritas do que as feitas por proposição das assembleias. De fato, “esses membros devem ser escolhidos entre os juizes, os funcionários da administração e os professores das Faculdades de Direito e de ciência política das universidades”.³⁴

Os membros da Corte Constitucional são nomeados por tempo ilimitado, porém ocorre a aposentadoria compulsória no último dia do ano “em que completam 70 anos”. Portanto, a duração do seu mandato pode ser muito variável.³⁵

4.2.2. No Tribunal Constitucional Federal Alemão

O Tribunal Constitucional compõem-se de dezesseis membros, com um Presidente e um vice-presidente, divididos em duas Câmaras ou “Senados” com oito membros cada um.³⁶

Três juizes de cada câmara, ou seis no total, devem ser Juizes Federais, isto é, magistrados que pertenceram, durante pelo menos três anos, a uma das cinco jurisdições superiores da Federação. Os outros cinco juizes de cada câmara – ou dez no total – “devem ser escolhidos entre pessoas com idade superior a 40 anos, que possuam os diplomas exigidos para exercer as funções de magistrado.”³⁷

³⁴ *Idem.*

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais; garantia suprema da constitucionalidade.** - São Paulo: Atlas, 2000. p. 123.

³⁶ FAVOREU, Louis.op. cit. p. 59.

³⁷ *Ibidem*, p. 60.

De acordo com a Constituição, “metade dos membros do Tribunal Constitucional Federal é eleita pelo *Bundestag*, Câmara dos Deputados, metade pelo *Bundesrat*, Senado.³⁸

A duração do cargo é de 12 anos, sendo vedada a reeleição subsequente, ou mesmo uma nova eleição. O limite da idade é fixado em 68 anos completos. Somente a assembléia plenária da Corte pode autorizar um aposentadoria antecipada ou destituição em caso faltas graves aos deveres ou de atos que acarretem uma pena privativa da liberdade de mais de seis meses. Eles não podem exercer outras funções, exceto os professores de direito nas universidades alemãs, autorizados a continuar lecionando, com a condição de pôr sua atividade de juiz constitucional em primeiro plano.³⁹

4.2.3. Na Corte Constitucional Italiana

A Corte compõem-se de quinze membros, mas não se divide em Câmaras.⁴⁰

Dos quinze juizes da Corte, cinco são nomeados Presidente da República, cinco pelo Parlamento, em sessão comum, e cinco pelas “magistraturas supremas ordinárias e administrativas”.⁴¹

Os juizes podem ser escolhidos entre magistrados, mesmo aposentados, das jurisdições superiores ordinárias e administrativas, professores de Direito das universidades e advogados com 25 anos de exercício. O presidente é eleito pela Corte, entre seus membros, para um período de três anos (renovável). Na realidade, nos

³⁸ Idem.

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição...* op. cit. p. 158.

⁴⁰ FAVOREU, Louis. op. cit. p. 77.

⁴¹ RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. 6° ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1988. p. 306.

últimos anos eles foram eleitos para períodos mais curtos, em razão do término regular de seu mandato de membro da Corte. De 1956 a 1996, houve 21 presidentes, dos quais 14 eram professores de Direito.⁴²

Efetivamente, como nos outros países, a designação dos juizes é fruto de acordos ou de compromissos políticos entre os diferentes partidos. Essa forma é usada especialmente para as escolhas feitas pelo Parlamento: por isto as primeiras indicações ficaram bloqueadas por oito anos, pois a Democracia Cristã deveria obter o apoio dos socialistas e dos comunistas, o que aconteceu somente em 30 de novembro de 1955. Em menor grau, as motivações políticas também entram em jogo para as outras indicações.⁴³

O mandato dos juizes, que era originalmente de doze anos, foi reduzido para nove anos em 1967. O mandato não é renovável e é incompatível com o exercício de qualquer outra atividade (política, profissional ou de ensino).⁴⁴

4.2.4. No Conselho Constitucional Francês

O Conselho Constitucional é composto por nove membros nomeados, aos quais às vezes se acrescentam membros de direito.⁴⁵

Os membros de direito são os antigos Presidentes da República. De fato, até o presente, os membros de direito só compareceram às sessões do Conselho Constitucional de 1959 a 1962. De 1962 a 1996, o Conselho Constitucional compôs-se definitivamente de nove juizes nomeados.

⁴² FAVOREU, Louis. op. cit. p. 78.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Ibidem, p. 79.

⁴⁵ Ibidem, p. 93.

Os membros do Conselho Constitucional são nomeados por nove anos, na proporção de três pelo Presidente da República, três pelo presidente do Senado e três pelo presidente da Assembléia Nacional. Sendo o terço de sua composição renovável a cada três anos, cada autoridade designa um membro de três em três anos, o que assegura uma certa continuidade e também uma diversidade de origens.⁴⁶

O presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo Presidente da República entre seus membros.⁴⁷

O modo de escolha dos nove membros do Conselho Constitucional é estritamente político, recaindo a escolha entre o Executivo e o Parlamento, bastando que o escolhido possua maioria, a partir da qual se inicia o efetivo gozo dos direitos civis e políticos; sem, porém, que o escolhido precise possuir requisitos capacitatórios especiais. Para a nomeação não existe requisito de idade mínima ou máxima.⁴⁸

4.2.5. No Tribunal Constitucional Espanhol

O Tribunal Constitucional compõem-se de doze membros.⁴⁹

Os doze membros são nomeados pelo Rei; mas o Rei só nomeia os membros que lhe são propostos, na proporção de quatro pelo Congresso dos Deputados, quatro pelo Senado, dois pelo governo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judiciário. Dos doze juizes designados, oito o são pelas câmaras e, como no sistema italiano, um lugar é reservado aos representantes do poder judiciário.⁵⁰

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição...** op. cit. p. 140.

⁴⁷ FAVOREU, Louis. op. cit. p. 94.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição...** op. cit. p. 142.

⁴⁹ FAVOREU, Louis. op. cit. p. 103.

⁵⁰ Ibidem, p. 104.

Após cinco renovações parciais, pode-se constatar que, conforme a regra geral e apesar das precauções tomadas, as designações dos juizes foram substituídas por negociações entre as formações políticas e particularmente entre os grandes partidos.⁵¹

O mandato dos juizes é de nove anos, renovando-se um terço do Tribunal a cada três anos. Nas primeiras composições do Tribunal foram curiosamente sorteadas as “séries” a serem renovadas no fim de três anos, depois de seis anos; assim, em 1983, todos os membros designados pelos deputados foram substituídos.

4.2.6. No Tribunal Constitucional Português

O Tribunal Constitucional é composto de 13 juizes, divididos em duas seções não especializadas, e de igual hierarquia, cada qual constituída pelo presidente do Tribunal e por mais seis juizes. A Constituição somente exige a competência plenária para efeito da fiscalização abstrata da constitucionalidade ou da legalidade.⁵²

Não há vitaliciedade como garantia constitucional, em virtude da previsão de mandatos, que é de seis anos, podendo ser renovado.

Dentre estes juizes, dez são designados pela Assembléia da República, e três são cooptados pelo próprio Tribunal. Três ou mais juizes designados pela Assembléia e os três juizes cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre os juizes dos outros Tribunais, os demais entre os juristas. O presidente é eleito pelos seus pares para um período de dois anos. A maioria de dois terços é exigida para a eleição dos dez primeiros juizes, bem como dos juizes cooptados.⁵³

⁵¹ Idem.

⁵² MORAES, Alexandre de. **Jurisdição...** op. cit. p. 180.

⁵³ FAVOREU, Louis. op. cit. p. 114.

A eleição dos membros do Tribunal Constitucional exige maioria qualificada de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções. A Assembléa da República escolhe os juizes constitucionais funcionando como Pleno, estando excluída a designação através de comissões, mesmo que expressamente constituídas para o feito.⁵⁴

A Constituição portuguesa, da mesma forma que a Lei Fundamental alemã, consagrou um Tribunal de *homens da lei*, pois reservou exclusivamente à juizes dos tribunais judiciais e a juristas o acesso ao Tribunal Constitucional. Assim, dos treze membros, seis – entre os juizes designados pela Assembléa da República ou cooptados pelo próprio Tribunal – são obrigatoriamente escolhidos entre juizes dos restantes tribunais, ou seja, dos membros de qualquer categoria de tribunais constitucionalmente prevista, desde os tribunais judiciais aos marítimos, independente de se tratar de juizes de tribunais superiores. Não exige, tampouco, tempo mínimo de exercício no cargo de magistrado, ou ainda, como salienta Canotilho: “nem se quer que sejam juristas, pois é possível haver tribunais em que os juizes não tenham de ser juristas”⁵⁵

4.2.7. Na Corte de Arbitragem Belga

A Corte de Arbitragem é composta de 12 membros: seis membros de língua francesa, que formam o grupo lingüístico francês da Corte; seis membros de língua holandesa, que formam o grupo lingüístico holandês.

Os membros da Corte são nomeados pelo Rei, de uma lista dupla apresentada alternativamente pelo Senado e pela Câmara dos Representantes, lista aprovada pela

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 664.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição...* op. cit. p. 182.

maioria de dois terços dos membros presentes. Os candidatos, com idade mínima de 40 anos, devem ter ocupado, durante cinco anos, as funções de Conselheiro de Estado, Conselheiro na Corte de Cassação, de referendário na Corte de Arbitragem ou de Professor de direito; ou terem sido, durante cinco anos pelo menos, membros do Senado, da Câmara dos Representantes ou de um Conselho de comunidade ou de região. Em cada grupo lingüístico deve haver uma divisão igual entre as duas categorias descritas acima. Desse modo haverá necessariamente seis antigos parlamentares entre os 12 membros. Estes exercem suas funções até 70 anos de idade.⁵⁶

A Corte é assistida por 14 referendários, no máximo, metade de língua francesa, metade de língua holandesa. Cada grupo lingüístico elege seu presidente. Cada presidente, por sua vez, preside a Corte por um ano.⁵⁷

4.2.8. Em outras Cortes

Tendo em vista o grande número dessas Cortes, não será possível descrever, mesmo de maneira sucinta cada uma delas. Por este motivo foi tomada a decisão de fazer um estudo conjunto.

Pode-se dizer, de maneira geral que os modos de recrutamento e a composição dessas Cortes estão de acordo com o modelo europeu: o número de juizes é de aproximadamente dez, com exceção das Cortes tcheca (15), croata (16) e principalmente russa (19); a duração do mandato varia em torno de nove anos (exceto a Sérvia, com nomeação vitalícia); o caráter não renovável do mandato, que tem apenas uma derrogação (Hungria); a designação dos juizes pelas autoridades políticas

⁵⁶ FAVOREU, Louis. op. cit. p. 119.

⁵⁷ Ibidem, p. 120.

– assembléias ou (e) executivo – com a variante de tipo italiano, em que intervêm as autoridades judiciárias, na Bulgária e na Lituânia; as garantias de inamovibilidade e de independência dos juizes e da Corte, decorrentes de seu estatuto constitucional, com a limitação – desmentida pela prática – da possibilidade de revogação pela Dieta, na Polônia.⁵⁸

⁵⁸ *Ibidem*, p. 126.

5. O modelo estadunidense de controle de constitucionalidade

Quanto ao controle judicial (exercido por um órgão – controle judicial concentrado- ou vários órgãos – controle judicial difuso – do poder judiciário) tem sua principal contribuição retirada da história constitucional do Estados Unidos da América do Norte.

Embora os precedentes de controle de constitucionalidade das leis, judicial e difuso, possa ser encontrado na história da Inglaterra, a afirmação desta doutrina se deveu ao Direito Constitucional norte-americano. De forma diferente da tradição inglesa de reconhecimento da soberania do parlamento, a doutrina construída nos EUA desenvolveu a técnica de atribuir um valor superior da Constituição frente as leis ordinárias. Após a independência do EUA em 1776, encontramos a comprovação da afirmação acima na decisão do Chief-Justice Brearley do Supremo Tribunal de New Jersey, em 1780, ficou decidido que a corte tinha o direito de sentenciar sobre a constitucionalidade das leis. No mesmo sentido encontramos decisão do judiciário do Estado de Virginia em 1782; Rhode Island em 1786; na Carolina do Norte em 1787 e em Nova York tribunal refutou lei por ser inconstitucional, pois havia reduzido para seis o número de jurados.

O controle de constitucionalidade das leis construído na história dos Estados Unidos da América do Norte é muito importante para o Direito brasileiro, que sofreu influência do direito constitucional europeu continental e norte-americano. Os precedentes acima citados servem para compreender como precocemente foi construído o controle judicial das leis, mas um caso em especial é fundamental para explicar o controle judicial e difuso da constitucionalidade, onde todo órgão do poder judiciário, do juiz de primeira instância até os tribunais superiores podem se manifestar sobre a constitucionalidade ou não de uma lei: o caso *Marbury versus Madison*. Analisando este caso, José Magalhães afirma que ele:

... criou as bases do controle judicial difuso de constitucionalidade das leis, modelo democrático que deve ser paradigma para todas as democracias contemporâneas, o juiz do caso *Marshall* tinha interesse direto na solução do caso. O presidente dos Estados Unidos neste momento era Adams e o seu secretário de estado John Marshall, os dois do partido federalista, derrotado por Thomas Jefferson e seus partidários. Antes de deixar o poder o presidente Adams nomeou seus correligionários para diversos cargos inclusive os vitalícios no judiciário superior. Um dos beneficiários foi Marshall, nomeado para a Suprema Corte com a aprovação do Senado. Como secretário de estado, cargo em que permaneceu até o fim do mandato de Adams, ele não conseguiu se desincumbir da missão de distribuir os títulos de nomeação já assinados pelo presidente para todos os indicados a cargos no final de mandato. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de Juiz de Paz no condado de Washington no distrito de Columbia. Com a posse de Jefferson como novo presidente dos EUA, este determinou ao novo secretário de estado James Madison, que não entregasse do título da comissão para Marbury por entender que a nomeação estava incompleta por faltar a entrega da comissão, onde o ato jurídico se tornaria completo. Marbury não tomou posse e pediu a notificação de Madison para apresentar suas razões. Madison não respondeu e Marbury impetrou o *mandamus*.⁵⁹

Diante da complexidade política do caso a Corte Suprema não julgou o caso durante dois anos causando reação da imprensa e da opinião pública, aventando-se inclusive a possibilidade de *impeachment* de seus juizes. Para agravar a situação o executivo expressou que uma decisão favorável a Marbury poderia causar uma crise entre os poderes, sugerindo que o executivo poderia não cumprir uma decisão do judiciário. Marshall (nomeado pelo presidente anterior assim como Marbury o requerente) era presidente da Suprema Corte e que deveria se pronunciar sobre o caso. O problema envolvia uma situação ético-jurídica muito grave. Marshall, entretanto, decidiu: quanto ao mérito reconheceu o direito de Marbury à posse no cargo, no entanto não concedia a ordem para cumprir a decisão em face de uma preliminar, evitando assim ver descumprida a sua decisão por parte do executivo, evitando a crise maior. Assim julgou inconstitucional a lei que autorizava o pedido diretamente na Suprema Corte pois a Constituição fixou a competência da Suprema Corte e somente a

⁵⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, op. cit.

Constituição poderia ampliar esta competência. Assim negou o pedido por incompetência uma vez que só poderia chegar a Suprema Corte em grau de recurso.

Como se vê o caso envolve situação de apadrinhamento político e esperteza do juiz que reconheceu o direito, mas se julgou incompetente para exigir seu cumprimento evitando conflito com o executivo. Está aí fundamentado o controle judicial difuso de constitucionalidade, mecanismo que se tornou importante para a democracia e para a afirmação do estado democrático de direito hoje adotado no Brasil. Sua origem, entretanto, não nasce de altas indagações teóricas, mas de um conflito entre grupos políticos pelo poder.

No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar em todos os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz.⁶⁰

O norte-americano gerou um sistema, fundado no critério difuso, de natureza técnico-jurídica, a ponto de afirmar-se que não se caracteriza verdadeiramente como uma forma de jurisdição constitucional, não tanto por ter sido entregue o controle de constitucionalidade à jurisdição ordinária, mas pelo fato de que a jurisdição ordinária não aprecia a Constituição em função de seus valores políticos, não se configurando como guardião dos valores constitucionais, por ter como objetivo principal a decisão do caso concreto. Entendemos que também aí existe jurisdição constitucional, tomada a expressão no sentido de modo de compor os litígios constitucionais. Apenas não se

⁶⁰ FAVOREU, Louis, op. cit. p. 17.

realiza com plenitude a função de guarda dos valores constitucionais, dada a preferência pela decisão do caso concreto.⁶¹

5.1. Escolha dos membros da Suprema Corte

Nos Estados Unidos da América a composição da Suprema Corte não é matéria constitucional, não obstante sua criação esteja prevista no art. III da Constituição de 1787. Alexandre de Moraes observa que “inexiste constitucional ou legalmente a exigência de requisitos capacitatórios para a nomeação da Suprema Corte, sendo a mesma de escolha eminentemente política do Presidente da República e aprovação do Senado”,⁶² que se dá por maioria simples.

O número de juizes daquele tribunal alterou-se seis vezes até fixar-se, em 1869, nos atuais nove *Justices*. Saliente-se que esta composição é prevista no Código Judiciário Federal, que organiza a competência dos tribunais federais, continuando, portanto, a não ter base constitucional, o que representa um perigo para a independência deste Tribunal.⁶³

Permanecem no cargo enquanto bem servirem a nação (“*during good behavior*”) o que na prática significa vitaliciedade. A legislação prevê aposentadoria integral para os juizes que tenham 65 anos de idade e 15 anos de serviço, ou 70 anos de idade e 10 anos de serviço.⁶⁴

⁶¹ SILVA, José Afonso da, op. cit. p. 555.

⁶² MORAES, Alexandre de. **Jurisdição...** op. cit. p. 87.

⁶³ Ibidem, p. 88.

⁶⁴ TAVARES FILHO, Newton. **Procedimento de Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado.** Consultoria Legislativa, Brasília. Disponível: <http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/Estudos/204689.pdf>. Acesso em 23 de julho de 2005.

Não existe previsão expressa de requisitos, podendo a escolha recair sobre qualquer americano, mesmo que não seja advogado, porém, historicamente, somente os membros de profissão de advogado foram escolhidos para o cargo de juiz. Não existe, também, previsão constitucional ou legal para exigir-se uma idade mínima ou máxima para este cargo.⁶⁵

No entendimento de Corwin, “a Suprema Corte parece considerar-se na posse do poder inerente de determinar se a nomeação de qualquer de seus membros é constitucionalmente válida, embora tal poder só possa ser invocado por alguém capaz de provar que ‘sofreu ou está na iminência de sofrer um prejuízo direto’ em virtude da questionada nomeação.”⁶⁶

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição...** op. cit. p. 90.

6. O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro

Tendo em vista a classificação das formas de controle de constitucionalidade que diz respeito à natureza do órgão ou órgãos que a exercem, o nosso sistema é misto, pois, como explica José Magalhães:

... uma vez que existe um controle prévio feito pelo Congresso nacional através de suas comissões assim como pelo presidente da república quando da possibilidade de vetar uma lei por ser inconstitucional, o que caracteriza um controle prévio e político. Após promulgada e publicada a lei o judiciário tem a competência de exercer um controle repressivo que pode ser concentrado através por exemplo das ações diretas de inconstitucionalidade por ação (artigo 102 inciso I, a CF e lei 9.868-99) ou omissão (artigo 103 parágrafo 2 CF e lei 9.868-99), a ação de constitucionalidade (artigo 102, I, a e artigo 103 parágrafo 4 CF e lei 9.868-99) e a ação de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 parágrafo 1 e lei 9.882-99) e pode ser difuso, onde qualquer pessoa pode proteger ou resgatar direitos ofendidos por lei ou ato inconstitucional perante o órgão judiciário competente.⁶⁷

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para este sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Para José Afonso da Silva, isso não o converte em Corte Constitucional, pois:

primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia

⁶⁶ CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986. p.166.

⁶⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. op. cit.

que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades.⁶⁸

É certo que o art. 102 diz que a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição. Mas não será fácil conciliar uma função típica de guarda dos valores constitucionais (pois, guardar a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância (base do critério de controle difuso), quando ocorrer uma das questões constitucionais enumeradas nas alíneas do inc. III do art. 102, que o mantém como Tribunal de julgamento do caso concreto que conduz à preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa história comprova. Não será, note-se bem, por culpa do Colendo Tribunal, se não vier a realizar-se plenamente como guardião da Constituição, mas do sistema que esta própria manteve, praticamente sem alteração, salvo a inconstitucionalidade por omissão e a ampliação da legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade. Reduzir a competência do STF à matéria constitucional não constitui mudança alguma no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.⁶⁹

6.1. Procedimento para escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal

Em matéria de escolha dos membros do STF, diz a Constituição Federal:

⁶⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit. p. 555.

⁶⁹ Ibidem, p. 556.

“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de 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.”

O Supremo Tribunal Federal compõem-se, portanto, de 11 membros, divididos em duas Turmas, que se encontram no mesmo plano hierárquico, com cinco membros cada uma, uma vez que seu Presidente apenas participa das sessões plenárias. O que é reafirmado no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 2º O Tribunal compõe-se de onze Ministros, tem sede na Capital da República e jurisdição em todo território nacional.”

No Supremo Tribunal Federal, não existe divisão preestabelecida para a determinação das 11 vagas de ministros que são de livre nomeação do Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado Federal. Quando trata da competência do Presidente da República, reza a Carta Magna:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei;”

O Presidente da República, presentes os requisitos constitucionais para investidura, escolhe livremente o candidato, que será sabatinado pelo Senado Federal, devendo ser aprovado pela maioria absoluta de seus membros (art. 52, III, a, e art. 101,

parágrafo único, ambos da CF), para poder ser nomeado pelo Chefe do Executivo. Com relação à esta competência do Senado Federal, dispõem a Constituição:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

III – aprovar, previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:

a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;”

A posse será dada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e acarretará imediata vitaliciedade.

São requisitos, portanto, para a escolha dos 11 ministros do STF:

- idade: 35 a 65 anos;
- ser brasileiro nato (CF, art. 12, §3º, IV);
- ser cidadão (gozo dos direitos políticos);
- notável saber jurídico e reputação ilibada.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não exige para seus membros a obrigatoriedade do bacharelado em Ciências Jurídicas, e tampouco que seus membros sejam provenientes da magistratura, apesar da obrigatoriedade de notável saber jurídico, mas a Constituição Federal exige que o cargo seja ocupado por brasileiro nato:

“Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer um deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira;

(...)

§3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

(...)

IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal;”

Assim, diferentemente do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional português, o STF não pode ser um Tribunal composto somente de “homens da lei”.⁷⁰

A ausência de exigência de formação jurídica para os Ministros do STF é uma tradição constitucional brasileira, que no final do séc. XIX chegou a seus extremos de exagero, demonstrando a pouca importância institucional dada à época ao Tribunal. A 21 de outubro 1893, foi nomeado para Ministro do Supremo Tribunal Federal, durante o recesso parlamentar, na vaga do Ministro Barradas, o médico clínico Cândido Barata Ribeiro, que tomou posse e exerceu o cargo durante quase um ano (25/11/1893 – 29/09/1894), enquanto se aguardava a confirmação de sua nomeação pelo Senado Federal, que afinal a rejeitou.⁷¹

Como destacado por Leda Rodrigues:

“Ao negar, em sua sessão de 22 de setembro, a aprovação à nomeação de Barata Ribeiro para o cargo de Ministro do STF, consagrou o Senado a interpretação de que o notável saber refere-se a conhecimentos jurídicos; não basta ser diplomado em direito, mas é essencial ser notável pelo conhecimento das matérias que constituem as funções do Supremo Tribunal”.⁷²

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito...** op. cit. p. 462.

⁷¹ *Idem.*

⁷² RODRIGUES apud MORAES, Alexandre de, *idem.*

Atualmente há muita discussão sobre o assunto da escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal na comunidade jurídica, onde são oferecidas várias propostas no sentido de modernizar e atualizar o STF, dentre estas propostas, pode-se destacar uma mescla de modelos defendida por José Magalhães: “um STF com 15 membros, com mandato de 9 (nove) anos, onde 3 (três) juizes seriam escolhidos pela magistratura, 3 (três) pela Ordem dos Advogados, 3 (três) pelo Ministério Público e 6 (seis) pelo Congresso entre professores doutores em Direito”.

Se concretizadas propostas como esta, o Supremo Tribunal Federal seria um órgão técnico-político integrando o Judiciário, democrático na sua escolha e com possibilidade de renovação, mantido o controle difuso misturado ao mecanismo de controle direto já existentes.

Conclusão

Diante do exposto, entende-se que alterações na forma de investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal seriam importantes para a preservação de sua legitimidade e a ampliação de sua independência e imparcialidade, tornando-o, efetivamente, um dos órgãos de direção do Estado.

Entre essas modificações, a exigência do notável saber jurídico deveria ser substituída pela presença de requisitos capacitatórios relacionados ou a qualificação profissional de bacharel em Direito, com o exercício de no mínimo 10 anos de atividade profissional como advogado, membro do Ministério Público, magistrado ou à qualificação de jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito, devidamente reconhecido pelo Poder Público.

Considerando a história, torna-se urgente repensar o Supremo Tribunal Federal. A primeira pergunta seria se deveriam conceder a este órgão um caráter essencialmente técnico-jurídico, resgatando o órgão de cúpula do judiciário para o próprio judiciário ou deveriam aceitar o seu caráter político como forma de controle do Judiciário e assim buscar um método de escolha democrático e logo plural, que evite também fortalecer em demasiado o Executivo, ou por outro lado inviabilizá-lo.

As duas soluções são melhores que o método existente ressaltando que, diante de tudo que foi dito sobre jurisdição constitucional, não parece inteligente nem democrático a adoção de mecanismos concentrados políticos ao estilo europeu, como as Cortes e Tribunais na Alemanha e Itália e muito menos o Conselho Constitucional francês. A discussão da mudança da forma de escolha dos membros do Supremo com a adoção de mecanismos semelhantes de escolha aos existentes na Europa, não significa adotar o controle concentrado, o que seria um terrível retrocesso autoritário.

Na solução da questão pode-se sim buscar subsídios na experiência europeia no que diz respeito à necessidade da adoção de um mandato para os membros da Corte

Suprema ou da participação do legislativo e outros órgãos na escolha de seus membros, mas sem jamais abandonar o controle judicial difuso e lógico, a jurisdição constitucional difusa.

Entre as opções acima mencionadas parece que manter o acesso ao Supremo somente através da carreira de juizes ou da eleição de magistrados pode ser uma boa solução, mas que requer mudanças na estrutura do Judiciário com sua democratização interna e principalmente com mudanças nos concursos públicos para a magistratura, com a participação de órgão técnico externo ao judiciário para a realização das provas de seleção. Nesta hipótese corre-se, entretanto, o risco de fortalecer ainda mais o Judiciário que se nega ao controle externo.

Referências Bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4° ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2° ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CORWIN, Edward Samuel. **A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual**. -. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**.-. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1° ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2° ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Controle de Constitucionalidade e a Reforma do Poder Judiciário: A Necessidade de um novo Supremo Tribunal Federal**. Art 43. CAD, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.cadireito.com.br/artigos/art43.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13° ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais; garantia suprema da constitucionalidade**. -. São Paulo: Atlas, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos**. 2° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato**. 6° ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23^o ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES FILHO, Newton. **Procedimento de Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado**. Consultoria Legislativa, Brasília. Disponível: <http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/Estudos/204689.pdf>.

Acesso em 23 de julho de 2005.