

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 06 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2021

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de
Janeiro, 2021.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

**A PEC 35/2015 E O SISTEMA DE ESCOLHA DE MINISTROS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO DIREITO
CONSTITUCIONAL COMPARADO**

**PEC 35/2015 AND THE SYSTEM OF CHOOSING MINISTERS OF THE SUPREME
FEDERAL COURT: CRITICAL ANALYSIS BASED ON COMPARED
CONSTITUTIONAL LAW**

Anderson Vichinkeski Teixeira¹

Data da Submissão: 21/09/2020

Data da Aprovação: 02/01/2021

RESUMO: Um dos temas mais essenciais na análise de modelos de jurisdição constitucional comparada concerne o sistema de composição da suprema corte do país em análise. No presente estudo é examinado o atual sistema brasileiro de indicação de membros do Supremo Tribunal Federal a partir das experiências de França, Itália, Alemanha e Estados Unidos da América. Considerando que se encontra em tramitação a PEC n. 35/2015 no Congresso Nacional, ao final da pesquisa algumas análises críticas serão apresentadas em relação aos principais pontos da referida proposta de emenda constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional comparado; tribunais constitucionais; composição.

ABSTRACT: One of the most essential themes in the analysis of models of comparative constitutional jurisdiction concerns the system of composition of the supreme court of the country under analysis. The present study examines the current Brazilian system of appointing members of the Supreme Federal Court based on the experiences of France, Italy, Germany and the United States of America. Considering that PEC n. 35/2015 is under discussion at the National Congress, at the end of the research some critical analyzes will be presented in relation to the main points of the referred constitutional amendment proposal.

KEYWORDS: Comparative constitutional law; constitutional courts; composition.

¹ Doutor em Teoria e História do Direito pela Universidade de Florença/IT. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela mesma Universidade. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Membro permanente do Colegiado de Docentes do Doutorado em Direito da Universidade de Florença/IT. Membro agregado internacional do Instituto Multidisciplinar Alimena da Universidade da Calabria/IT. Professor visitante do Instituto de Ciências Jurídicas e Filosóficas da Sorbonne. Membro Permanente da Association Française de Droit Constitutionnel. Professor visitante da Universidad de la Republica do Uruguay e do Mestrado em Direito das Relações Internacionais da Universidad de la Empresa/Uruguay.

INTRODUÇÃO

No estudo da jurisdição constitucional comparada um dos temas mais centrais é o que trata do sistema de escolha dos juízes constitucionais. Não pode ser considerado algo secundário ou de menor relevância porque envolve a questão de compreender como será composta a mais alta corte de um país. No Brasil, a mera possibilidade de abertura de vaga para Ministro do Supremo Tribunal Federal gera uma série de repercussões na mídia, no meio político e, por óbvio, também, no meio acadêmico, pois nosso sistema constitucional vincula todas as vagas à indicação por parte do Presidente da República, desde que o indicado tenha superado a – não mais do que protocolar – sabatina pelo Senado Federal.

Ocorre que desde 2015 tramita no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 35) que, já tendo trocado de numeração e relatoria algumas vezes, pretende redefinir estruturalmente todo o sistema de escolha dos Ministros do STF.

No presente artigo pretendemos, inicialmente, recordar os critérios de escolha dos Ministros do STF com base na nossa história constitucional. Em seguida, tomando como base o Direito Constitucional Comparado, iremos examinar como EUA, França, Alemanha e Itália estruturam seus respectivos sistemas de escolha dos juízes constitucionais. Embora estes dois últimos países possuam uma tradição histórico-constitucional que os aproxime, estamos tomando ambos como referências para nossa análise comparatista no intuito de demonstrar que os modelos constitucionais da Europa Continental adotam uma diversificação na origem institucional para a escolha dos juízes de suas Cortes Constitucionais.

Recorde-se que a estruturação da jurisdição constitucional brasileira possui uma formação histórica que a diferencia tanto dos modelos de controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade (representado pelo sistema kelseniano apresentado com a Constituição austríaca, de 1920) quanto dos modelos de controle difuso (ou incidental) de constitucionalidade (bem exemplificados com o modelo estadunidense). Incorporando, ao longo do seu percurso formativo, elementos teóricos e doutrinários vindos sobretudo dos sistemas alemão e estadunidense, bem como do sistema constitucional italiano, a Constituição brasileira de 1988 consagra um modelo de jurisdição constitucional notadamente “misto”, “integrado” ou, ainda, “abrangente”, pois conserva em um mesmo sistema os caracteres fundamentais do controle

concentrado e do controle difuso.²

Por fim, encerraremos a pesquisa como uma análise crítica da PEC n. 35/2015, objetivando refletir acerca dos elementos estruturantes de nossa história constitucional a partir dos quatros modelos de jurisdição constitucional examinados. Para uma maior aprofundamento no tema da jurisdição constitucional comparada, recomendamos a abordagem metodológica presente em Cicconetti e Teixeira (2018).

1. A ESTRUTURAÇÃO E COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Primeiramente, para um salutar desenvolvimento do breve estudo comparatista que aqui propomos, convém relembrar dois momentos fundamentais na história da jurisdição constitucional brasileira que são paralelos, ou até anteriores, à evolução histórica do Supremo Tribunal Federal. O primeiro momento trata da possibilidade de controle difuso posta pela Constituição republicana de 1891, onde, no seu art. 59, atribuía ao então criado Supremo Tribunal Federal a competência de, enquanto instância recursal, negar validade aos atos normativos ou com força de lei, sejam eles federais ou estaduais, cuja legitimidade constitucional tenha sido contestada em juízos das instâncias ordinárias.³ O segundo momento concerne à inclusão no sistema constitucional brasileiro do controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 12 de dezembro de 1965. A referida Emenda à Constituição de 1946 reformulou a alínea “k” do art. 101 (onde estão definidas as competências do Supremo Tribunal Federal), inciso I, desta Constituição, atribuindo ao Procurador-Geral da República a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de leis federais ou estaduais incompatíveis com a Constituição.⁴ Como consequência disso, consolidou-se no texto constitucional de 1988 um sistema misto de controle de constitucionalidade, aperfeiçoando seja os institutos do controle difuso, seja os institutos do controle concentrado, de modo que o Supremo Tribunal Federal acaba exercendo a função de instância recursal ordinária e extraordinária – cuja limitação material será

² Para maiores estudos sobre nossa história constitucional, ver BONAVIDES e ANDRADE (2002); MARTINS JR. (2004); FERREIRA (1954) e SAMPAIO (2004).

³ Constituição de 1891. Art. 59. § 1º: “Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

⁴ Emenda Constitucional nº 16/65: “Art. 2 – As alíneas *c*, *f*, *i* e *k*, passam a ter a seguinte redação: (...) *k*) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.”

dada tão-somente pela necessidade de que a matéria em questão discutida no curso de um processo apresente ofensas à supremacia da Constituição – e de Tribunal Constitucional – cuja matriz é de clara inspiração austríaca pós-1920 – competente para originariamente conhecer das ações que se destinem a objetivamente questionar a legitimidade constitucional de atos normativos ou com força de lei.

Antes de 1891, ou seja, antes de ser instituído o Supremo Tribunal Federal, a função de tutela da efetividade da Constituição não se encontrava claramente atribuída a um determinado Poder ou órgão, restando atribuída, indiretamente, ao Poder Moderador a competência de velar pela manutenção da independência, harmonia e equilíbrio entre os poderes políticos.⁵ O Imperador exercia tal Poder Moderador (Constituição de 1824, art. 101). Com isso, o papel desempenhado pelo então Supremo Tribunal de Justiça, instituído em 09 de janeiro de 1829 e formado por 17 juízes letrados (desde já denominados “Ministros”), acabava sendo demasiadamente restrito, competindo-lhe tão-somente:

- (1) conceder ou denegar recursos de revista;
- (2) processar e julgar os delitos, e erros do ofício, que cometeram os Ministros de Estado, os das Relações, os empregados no corpo diplomatico, e os Presidentes das Províncias;
- (3) conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência entre as Províncias (Constituição de 1824, art. 164, incisos I, II e III).

Assim, não lhe restava atribuída a faculdade de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Como se não bastasse este poder de controle estar indiretamente vinculado ao Imperador, a atuação deste dentro do Supremo Tribunal de Justiça não se limitava somente à escolha dos Ministros: era a ele que competia a tarefa de escolher o Presidente da Corte, para um mandato de 3 anos (art. 2 da Lei de 18 de setembro de 1828).

Uma vez promulgada a Constituição republicana de 1891, o Supremo Tribunal de Justiça foi extinto em 27 de fevereiro de 1891, tendo sido instituído, no dia seguinte, o Supremo Tribunal Federal, o qual contava com previsão constitucional e com regramento dado pelo Decreto nº 1, de 26 de fevereiro do mesmo ano. Inicialmente, o STF era composto de 15 Ministros – somente com a Constituição de 1934 este número veio a ser reduzido para 11 – nomeados pelo Presidente da República, com posterior aprovação pelo Senado Federal. O primeiro Presidente do Supremo Tribunal Federal foi o baiano José Antônio de Araújo Freitas Henrique, tendo tomado posse do

⁵ Constituição Imperial de 22 de abril de 1824 – Art. 98. “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”

cargo em 28 de fevereiro de 1891. Interessante recordar também que com o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, o Regime Militar aumentou o número de Ministros para 16 (dezesesseis), acréscimo este que foi mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Porém, o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, aposentou, em 16 de janeiro de 1969, 3 (três) Ministros, sendo que, logo em seguida, o Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, restabeleceu o número de 11 (onze) Ministros.

Desde a origem do STF – mesmo antes, quando do Supremo Tribunal de Justiça – a denominação “Ministro” tem sido dada aos juízes constitucionais como forma de diferenciar a função exercida pelos membros da mais alta Corte brasileira – assim como pelos membros do Superior Tribunal de Justiça – e também para manter a nossa tradição constitucional, a qual historicamente vincula a figura do Ministro ao Chefe de Estado, mediante a escolha daquele por este. Entretanto, a palavra “Ministro” traz consigo um aspecto subliminar que transforma aquele juiz específico em um personagem ativo no exercício de uma função constitucional de Estado, razão pela qual a diferenciação terminológica tem se mantido até hoje.⁶

Os 11 Ministros que, atualmente, compõem o Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, devendo a escolha ser aprovada por maioria absoluta do Senado Federal (CRFB/88, art. 101, caput e parágrafo único). No entanto, a indicação presidencial não foi confirmada pelo Senado Federal apenas em 5 oportunidades⁷, mas todas se concentraram no período do governo de Floriano Peixoto (1891 a 1894).

Os requisitos para o exercício do cargo são os seguintes:

- (1) ser cidadão brasileiro nato (CRFB/88, art. 12, parágrafo 3, IV),
- (2) ter entre 35 e 65 anos de idade,
- (3) notável saber jurídico⁸,
- (4) reputação ilibada (CRFB/88, art. 101, caput).

Não obstante a terminologia seja “Ministro”, ao invés de “Juiz Constitucional”, as mesmas prerrogativas asseguradas pelos incisos do art. 93 da Constituição de 1988 aos demais

⁶ Para maiores informações sobre papel constitucional exercido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, ver BOECHAT (2002); VILHENA (1994) e LAGO (2001).

⁷ As 5 indicações rejeitadas foram: Barata Ribeiro, Innocêncio Galvão de Queiroz, Ewerton Quadros, Antônio Sève Navarro e Demosthenes da Silveira Lobo.

⁸ Nos primeiros anos de existência do STF, o “notável saber jurídico” chegou a ser tido como acessível a todos, mesmo aqueles que não possuem formação jurídica, ao passo que até mesmo o médico Cândido Barata Ribeiro chegou a exercer o cargo de Ministro, de 25 de novembro de 1893 a 24 de setembro de 1894, quando, nesta última data, viu a sua nomeação ser rejeitada pelo Senado Federal, sob a alegação de estar desatendido o requisito “notável saber jurídico”. Esta foi a única ocorrência na história do STF de Ministro com formação não-jurídica. No entanto, atualmente é pacífica a necessidade de formação jurídica para o exercício do cargo.

juízes da jurisdição ordinária são atribuídas aos Ministros do STF, devendo-se ressaltar a aposentadoria compulsória aos 70 anos, o que torna, muitas vezes, o período de permanência no cargo consideravelmente curto. Analisando todo o período de existência do STF, desde 1891 até janeiro de 2015, encontramos casos de Ministros que ocuparam o cargo por apenas 3 meses e 16 dias (Ministro Herculano de Freitas faleceu no mesmo ano em que tomou posse no STF, em 1926), ou até 29 anos, 11 meses e 24 dias (Ministro Hermínio do Espírito Santo permaneceu no cargo até o seu falecimento, em 1924).⁹ Todavia, pode-se afirmar que o tempo médio de permanência no cargo, considerando os Ministros nomeados após a Constituição de 1988, tem sido de aproximadamente 8 anos. Não sendo por aposentadoria, renúncia ou falecimento, somente por *impeachment* poderá um Ministro ser removido do cargo.¹⁰

O STF é dividido em duas Turmas compostas cada uma por 5 (cinco) Ministros, uma vez que o Presidente do Tribunal não pertence a nenhuma delas. Cada Turma terá o seu próprio Presidente de Turma, o qual será escolhido pelo critério de antiguidade, e exercerá o cargo por um ano sendo vedada a recondução, observando-se a ordem decrescente de antiguidade (RISTF, art. 4, parágrafos 1 e 4). A divisão em Turmas não implica em divisão de competências, pois a distribuição dos processos, no setor de protocolo, é feita por sorteio para cada um dos Ministros, sendo irrelevante ao sorteio eletrônico a Turma a qual faz parte determinado Ministro. Basta a presença de 3 (três) Ministros para que as sessões das Turmas possam ser abertas (RISTF, art. 147).

O Pleno do STF é composto por todos os Ministros e se reúne com apenas 6 destes. Porém, para analisar questões que envolvam matéria constitucional, bem como para eleger o Presidente e Vice-Presidente da Corte, é necessária a presença de 8 dos 11 Ministros (RISTF, art. 143, caput e parágrafo único), bastando, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o voto de 6 Ministros (RISTF, art. 143 e 173). Assim, verifica-se que a influência do Presidente da República limita-se à indicação do Ministro da Corte, pois a escolha do Presidente e Vice-Presidente desta será feita pela própria Corte, diferentemente do que ocorre em outros modelos constitucionais, como veremos a seguir.

⁹ Para maiores informações, veja-se www.stf.jus.br

¹⁰ O art. 5, inciso I, do RISTF, ao definir as competências do Plenário, atribui a este a prerrogativa de processar e julgar, originariamente, os próprios Ministros do STF por crimes comuns, em procedimento semelhante ao adotado nos casos do Presidente e Vice-Presidente da República, dos Ministros de Estado, do Procurador-Geral da República, dos Deputados e Senadores.

2. A COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

2.1. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Depois da tradição constitucional da Europa Continental, um dos sistemas constitucionais que mais nos influenciaram ao longo da história foi, certamente, o sistema constitucional estadunidense. Embora tenha tido influência marcante somente na Constituição de 1891, o mecanismo de escolha dos Ministros do STF parece ter sido o ponto de maior contato entre a primeira constituição republicana brasileira e a Constituição dos EUA, de 1787.

Mesmo tendo variado muito desde a sua criação, em 1789, a Suprema Corte é atualmente composta de nove juízes, incluindo o Presidente da Corte (*Chief of Justice*), todos escolhidos pelo Presidente da República, em decisão que deve ser ratificada pela maioria simples do Senado Federal (art. 2, seção 2, parágrafo 2). Veja-se que compete ao Presidente da República escolher quem ocupará o cargo de *Chief of Justice*, bastando ser qualquer um dos juízes constitucionais ou, caso prefira, poderá nomear um novo juiz para exercer o cargo, desde que exista uma vaga em aberto. O exercício do cargo de juiz constitucional é incompatível com qualquer outra função, exceto com o magistério acadêmico.

Os requisitos para exercer o cargo de juiz constitucional não estão rigidamente previstos em nenhum diploma legal, possibilitando, em tese, que qualquer cidadão estadunidense seja apontado para o cargo. Entretanto, tem prevalecido, até hoje, as escolhas a partir de critérios como: formação jurídica, moral ilibada e indicação por parte da base política do Presidente da República. Com isso, a sucessão de mandatos presidenciais de um mesmo partido (Democrata ou Republicano) tem historicamente formado a orientação política da Suprema Corte, de modo que, em dados momentos, a predominância de juízes democratas ou republicanos era quase absoluta.¹¹ Como se pode supor, a inexistência de previsão constitucional quanto ao número de juízes constitucionais e aos requisitos para ascender ao cargo termina por comprometer a independência da Corte em relação ao Chefe do Executivo Federal.¹²

Quanto à duração do cargo de juiz constitucional, esta é vitalícia, podendo ser encerrada somente pela renúncia, aposentadoria ou *impeachment*. Não existe idade mínima para poder

¹¹ Para uma análise das orientações políticas que a Suprema Corte acaba adotando em virtude do debate político existente entre democratas e republicanos, veja-se: TUSHNET (2005, pp. 319-341).

¹² Nos seus últimos anos de vida, Ronald Dworkin foi um feroz crítico de decisões altamente ideológicas, quase político-partidárias, proferidas pela Suprema Corte. Recomendamos os seus artigos publicados no *The New York Review of Books* para um maior aprofundamento, assim como as seguintes traduções: DWORKIN (2012, pp. 15-28) e DWORKIN (2011, pp. 41-55).

assumir o cargo, nem aposentadoria compulsória. Para usufruir da aposentadoria integral, o juiz deverá ter completado 65 anos de idade e 15 de exercício do cargo, ou 70 anos de idade e 10 de exercício do cargo. Já o *impeachment* é uma modalidade de destituição do cargo, prevista no art. 2, seção 4, da Constituição dos EUA¹³, em que o juiz constitucional, bem como os demais oficiais civis federais dos EUA, o Presidente e o Vice-Presidente da República, poderão ser destituídos em virtude de crimes, transgressões, alta traição e suborno. Todavia, desde a famosa conspiração de Thomas Jefferson para conseguir o *impeachment* de todos os juízes constitucionais que eram contrários ao seu governo, na primeira década do século XIX, este instituto tem sido considerado com extrema cautela, sob pena de subvertê-lo em instrumento para perseguições políticas.

2.2. O Conselho Constitucional francês

Exercendo a função de órgão máximo do sistema judiciário francês, o Conselho Constitucional conta com a seguinte estrutura institucional: presidente do Conselho, membros nomeados, membros de direito, secretário geral e corpo de funcionários com funções administrativas.

Segundo o art. 56 da Constituição e o art. 2 da *Ordonnance 58-1067*, fazem parte do Conselho Constitucional, incluindo o presidente, um total de nove membros nomeados. Eles são designados por autoridades políticas na seguinte proporção: três pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado e três pelo Presidente da Assembleia Nacional. Contudo, a redação do projeto da Constituição previa uma forma de nomeação diversa da atual: quatro membros seriam nomeados pelo presidente da República, dois pelo presidente da Assembleia Nacional, dois pelo presidente do Senado, e o nono membro seria nomeado pelos demais membros já designados. O motivo para essa divisão não preponderar foi a desproporção entre os poderes, o que poderia afetar a harmonia entre eles (MATHIEU; VERPAUX, 2002, p. 59).

O mandato dos membros é de nove anos e não renovável. Perceba-se que também compõem o Conselho os ex-presidentes da República, na condição de membros de direito, mas somente ao mais antigo presidente cabe exercer a titularidade do cargo.

Antes de iniciar o exercício de seu mandato, cada membro deve prestar juramento ao presidente da República, conforme prevê o artigo 3 da *Ordonnance* de 1958. Entretanto, os membros de direito não precisam realizar tal ato. Conforme Burdeau, a obrigação de ser comedido no exercício de suas atividades no Conselho é menos rigorosa para os ex-presidentes, pois eles

¹³ Art. 2, seção 4: “The President, Vice-President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.”

possuem a natural tendência a uma maior politização em suas manifestações públicas (BURDEAU; HAMON; TROPER, 1993, p. 677).

A renovação dos mandatos é trienal, dando-se em tal intervalo de tempo a renovação de três membros do Conselho. Nessa sistemática, cada autoridade indica um novo membro de três em três anos. Assim, os mandatos regulares acabam atingindo os referidos nove anos. Conforme Louis Favoreu (2004, p. 94), isso proporciona continuidade e diversidade de origens, sem causar transtornos. A substituição deve ocorrer até oito dias antes da expiração do mandato.

Em termos concretos, não há qualquer requisito específico para ser nomeado membro do Conselho, nem mesmo idade máxima ou mínima, o que não destoaria do resto do direito francês, pois aquele país, tradicionalmente, não estabelece limites de idade para exercer as atividades públicas, inclusive para presidência da República e para mandatos parlamentares (MATHIEU; VERPAUX, 2002, p. 63). Há apenas a previsão de que os indicados devem estar em pleno gozo de seus direitos civis e políticos (DRAGO, 2011, p. 174).

A única restrição expressa concerne ao tema das incompatibilidades. A Constituição francesa prevê, em seu artigo 57, que as funções desenvolvidas pelos membros do Conselho são incompatíveis com as de ministro e de membro do Parlamento – previsão lógica que parte do princípio da separação dos poderes (VERPEAUX, 2013, p. 411). Tal incompatibilidade também se estende ao Parlamento europeu. Em 1995 e em 2013 ocorreram reformas na lei orgânica de 1958, de modo que nela foram inseridas outras incompatibilidades, previstas no artigo 4, que estabelece que as incompatibilidades profissionais aplicadas aos parlamentares também são as mesmas para os membros do Conselho. Outras incompatibilidades e obrigações também estão arroladas na lei orgânica: mais especificamente, no artigo 7 da *Ordonnance* de 1958. Já o *Décret du 13 novembre 1959* dispõe que os membros têm a obrigação de se abster de tudo que possa comprometer a independência e a dignidade das funções que exercem.

2.3. O Tribunal Constitucional Federal alemão

A jurisdição constitucional alemã possui a peculiaridade de não ser concentrada somente em um órgão central, como ocorre, diversamente, no tradicional modelo austríaco proposto por Kelsen. Além do Tribunal Constitucional Federal, existe também os Tribunais Constitucionais das Regiões (*Landesverfassungsgerichte*) como instâncias hábeis a exercer, sobretudo, o controle de constitucionalidade dos atos normativos e daqueles com força de lei. Cada Região (*Land*) possui a sua esfera de competências própria, o que não retira a unicidade e a sistematicidade do modelo de jurisdição constitucional alemão.

A sede do Tribunal Constitucional Federal se encontra na cidade de Karlsruhe, pois a externalidade desta jurisdição frente a todas as demais jurisdições federais e outros poderes do Estado fez com que o legislador constitucional desejasse ver a sede deste Tribunal em outra cidade onde não existissem poderes ou órgãos federais. Quanto aos Tribunais Constitucionais dos *Länder*, somente a Região (*Land*) de Schleswig-Holstein não possuía o seu próprio Tribunal Constitucional, uma vez que tal Região se valia do art. 99 da *Grundgesetz* para atribuir ao Tribunal Constitucional Federal a legitimidade para resolver as controvérsias internas do *Land*. Todavia, em 2008, foi instituído o Tribunal Constitucional de Schleswig-Holstein, nos termos da lei que determina a sua estruturação e funcionamento (*Gesetz über das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht - LVerfGG*), de 10 de janeiro de 2008.

Do ponto de vista estrutural, o Tribunal Constitucional Federal se divide em duas Seções (*Senaten*), compostos por oito juízes cada, mas este número variou desde a criação deste órgão. Cada Seção estruturará Câmaras internas (*Kammer*), compostas por três juízes constitucionais, os quais farão a análise quanto à admissibilidade dos recursos constitucionais. As relações entre as duas Seções se baseiam nos princípios da paridade e da independência funcional, não sendo admitido que uma Seção funcione como instância recursal para a outra.¹⁴ Também é vedada a possibilidade de troca de juízes entre as Seções. Juntamente com as referidas duas Seções, encontramos ainda o Plenário (*Plenum*), onde se reúnem todos os juízes para dirimir as controvérsias interpretativas entre as duas Seções, além de ter também suas competências próprias, sobretudo como representante do Tribunal Constitucional Federal.

Nos termos dos incisos I e II da *BVerfGG*, § 3, os requisitos para ser juiz constitucional são: ter completado 40 anos de idade, possuir idoneidade e capacidade técnica para o exercício da função de juiz ordinário (em síntese, ter formação jurídica); além disso, tão logo assumo o cargo de juiz constitucional, não poderá mais fazer parte de qualquer outro órgão do Estado, restando permitida somente atividades de docência universitária (*BVerfGG*, § 3, III e IV). O juiz constitucional permanece no cargo por 12 anos ou até o último dia do mês em que atingir os 68 anos de idade, não sendo admitida a reeleição. Todavia, decorrido o período máximo de sua permanência no cargo, o juiz deverá, mesmo assim, permanecer no cargo até o dia da posse do seu sucessor.

Dos oito postos de juiz constitucional que cada Seção possui, três dos eleitos devem vir das supremas cortes de justiça do Estado central, podendo ser eleitos somente aqueles juízes que

¹⁴ Segundo SCHWAB (2005, p. 41), fala-se também em “princípio senatorial”, pois aquilo que uma Seção decidir vale como decisão do TCF.

tenham pelo menos três anos de exercício em uma destas supremas cortes (*BVerfGG*, § 2, III). Nos termos da *Grundgesetz*, art. 94, I, e da *BVerfGG*, § 5, I, os demais cinco juízes de cada Seção serão eleitos, de modo paritário e com alternância de vagas, na medida em que novas eleições forem necessárias, entre o *Bundestag* (Parlamento federal; a votação interna é indireta, pois os membros escolhem uma comissão de doze parlamentares que será responsável por eleger o juiz constitucional) e o *Bundesrat* (Conselho Federal no qual participam representantes das Regiões na atividade legislativa e administrativa do Estado central, de modo que as eleições para juiz constitucional demandam uma maioria de dois terços dos votos).

No caso de vacância por mais de dois meses de um posto de juiz constitucional e não tendo o órgão ao qual competia a tarefa de eleger o novo juiz (o *Bundestag* ou o *Bundesrat*) demonstrado condições de fazê-lo, o mais ancião representante do *Bundestag* ou o Presidente do *Bundesrat* (ou ainda o seu representante oficial), deverá, imediatamente, pedir ao Tribunal Constitucional Federal que apresente proposta para as eleições (*BVerfGG*, § 7a, I). O *Plenum* deverá, mediante maioria simples sobre dois terços de todos os membros, indicar quem deve ser eleito juiz; tal indicação, manifestada em lista tríplice, será entregue ao órgão que deveria, pela ordem, fazer a eleição naquele momento, mas a indicação vinda do *Plenum* não será vinculante, podendo a Casa a qual competia a tarefa de eleger o juiz constitucional fazê-lo pelo modo ordinário (*BVerfGG*, § 7a, II a IV). O objetivo desta regra é impedir que motivos políticos retardem o preenchimento do cargo vago, o que ocorreu, com certa frequência ainda nos primeiros anos de funcionamento do Tribunal Constitucional Federal, sobretudo até a entrada em vigor da Lei Orgânica desta Corte (*Gesetz Über das Bundesverfassungsgericht*), em 1951 (Cfr. RITTERSPACH, 1982, p. 67).

O *Bundestag* (Parlamento) e o *Bundesrat* (Conselho Federal) elegem, alternativamente, o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Constitucional Federal, mas o Vice-Presidente deverá ser membro da Seção a qual não pertence o Presidente (*BVerfGG*, § 9, I). O Presidente da República fará a nomeação do juiz constitucional, este que, no momento da sua posse, jurará zelar pela *Grundgesetz* (Constituição Federal), não estando vedado fazer qualquer afirmação de cunho religioso, desde que não se trate de religião contrária à lei (*BVerfGG*, § 10 e 11, I a III).

2.4. A Corte Constitucional italiana

O sistema constitucional italiano, em sua proximidade com o alemão, no que concerne ao modo de escolha dos juízes constitucionais, merece também ser aqui referido. Na Itália, ao adotar o controle concentrado de constitucionalidade das leis, verificou-se uma preocupação em

definir um mecanismo de escolha dos membros da Corte Constitucional que pudesse diversificar, por um lado, sob o aspecto passivo, as possibilidades de sujeitos nomináveis ou elegíveis ao cargo de juiz constitucional e, por outro lado, sob o aspecto ativo, a gama dos sujeitos competentes a nomeá-los ou a elegê-los.

O art. 135 da Constituição italiana diz que a Corte Constitucional é composta por 15 juízes, que serão nomeados em:

- (1) um terço pelo Presidente da República;
- (2) um terço pelo Parlamento em sessão conjunta entre as Casas;
- (3) um terço pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas.

Os juízes da Corte Constitucional são escolhidos dentro das seguintes categorias:

- (1) magistrados, mesmo os já aposentados, das jurisdições superiores ordinárias e administrativas;
- (2) professores titulares de universidades em matérias jurídicas;
- (3) advogados com mais de 20 anos de exercício da advocacia.

Quanto ao aspecto passivo, parece evidente que existe um denominador comum entre as três categorias de sujeitos no âmbito das quais são escolhidos os juízes constitucionais: deve ser alguém em posse de uma qualificação profissional específica, i.e., ser operador do direito e, desta forma, *expert* nesta área.

A composição mudará somente quando a Corte, exercitando uma competência específica atribuída pelo art. 134, inciso III, da Constituição, tiver que julgar as acusações promovidas contra o Presidente da República pelo Parlamento em sessão conjunta. Em tal caso, aos 15 juízes ordinários se somam outros 16 membros – os chamados “juízes agregados” – escolhidos por sorteio a partir de um elenco de cidadãos em posse dos requisitos para a elegibilidade a senador, que o Parlamento compila a cada nove anos mediante eleição com as mesmas modalidades estabelecidas para a nomeação dos juízes ordinários (art. 135, § 7). Os juízes agregados não devem, portanto, possuir os mesmos requisitos de profissões jurídicas que são requeridos para ser juiz constitucional. Tal circunstância se explica facilmente pela peculiaridade da função – similar a de um juiz penal – que a Corte exerce quando julga o Presidente da República, sendo que neste caso o *plenum* dos juízes, ordinários e agregados, exerce uma função análoga a de um verdadeiro

júri popular.

Quanto ao aspecto ativo, devemos ressaltar que os juízes, cuja nomeação compete ao Presidente da República, são nomeados por decreto deste, que deve contar também com a assinatura do Presidente do Conselho dos Ministros (art. 4 da Lei nº 87). Os juízes nomeados pelo Parlamento em sessão conjunta são eleitos neste órgão mediante votação secreta e por maioria qualificada de dois terços dos componentes da Assembleia; para as votações seguintes à terceira será suficiente maioria qualificada de três quintos dos componentes da Assembleia (art. 3 da Lei Constitucional nº 2 de 1967). Na eleição dos juízes cuja nomeação seja competência das supremas magistraturas ordinárias e administrativas (três da Corte de Cassação, um do Conselho de Estado, um do Tribunal de Contas), são proclamados eleitos aqueles que obtiverem o maior número de votos desde que atinjam a maioria absoluta dos componentes do colegiado. Caso ocorra que na primeira votação não se alcance tal maioria absoluta, procede-se, no dia seguinte, a votação de um segundo turno entre os candidatos, em número duplo em relação ao de juízes a eleger, que tenha conseguido o maior número de votos. Ao final, serão proclamados eleitos aqueles que obtiverem a maioria relativa. Em caso de igualdade de votos, será proclamado eleito ou entrará por desempate o mais ancião dos candidatos (art. 4 da Lei Constitucional nº 2 de 1967).

As maiorias qualificadas necessárias para a eleição de cinco juízes por parte do Parlamento em sessão conjunta implicam a necessidade de acordos políticos sobre as possíveis candidaturas entre os partidos que compõem a base governista e os partidos de oposição, a partir do momento em que nenhuma coalizão governista tenha logrado sucesso em contar com o apoio de maiorias parlamentares amplas o suficiente para alcançar os dois terços ou três quintos do Parlamento em sessão conjunta. Além disso, no caso de governos multipartidários – o que, de fato, tem sido a regra na Itália e que presumivelmente continuará sendo em um futuro próximo – nos acordos acima referidos intervêm também os mesmos partidos que apoiam o Governo, em relação à consistência parlamentar e/ou ao peso político de cada um desses. Em medida menor, o mesmo fenômeno se repete para a nomeação dos cinco juízes de competência do Presidente da República: ainda que as escolhas sejam livres neste caso, por se tratar de atos que se colocam entre os de características da atividade presidencial em sentido estrito e em relação aos quais a assinatura em conjunto com o Presidente do Conselho tem somente valor de controle e não de participação na decisão, pois seria, todavia, incorreto se o Chefe de Estado nomeasse como juízes constitucionais cinco pessoas declaradamente pertencentes, ou de qualquer forma próximas, ainda se não inscritas formalmente, a um mesmo partido político.

Os juízes da Corte Constitucional são nomeados, atualmente, por nove anos¹⁵, data que começa a contar a partir do dia do juramento, e não podem ser novamente nomeados. Quando da decadência do termo, o juiz constitucional cessa suas atividades no cargo e no exercício das funções, resultando de tal norma (art. 135, § 4, da Constituição) não aplicável aos juízes constitucionais o instituto da *prorogatio*, anteriormente previsto pelo regulamento da Corte, que se aplicava até a data do juramento do juiz chamado a substituir o juiz cujo período se encerrou. A função de juiz da Corte é incompatível com a de membro do Parlamento, de um Conselho Regional, com o exercício da profissão de advogado e com qualquer cargo e função indicados pela lei, de modo que os artigos 7 e 8 da Lei nº 87 de 1953 que especificam tais incompatibilidade. Os juízes da Corte Constitucional não se encontram submetidos a controle externo, nem podem ser perseguidos por suas opiniões expressas e pelos votos dados no exercício das suas funções (art. 5 da Lei Constitucional nº 1, de 1953).

A Corte elege, entre os seus componentes e por maioria dos mesmos, o seu Presidente, que permanecerá no cargo para um período de três anos e é reelegível, estando suspensos em qualquer caso os termos de decadência do cargo de juiz durante este período. Caso ninguém alcance a maioria, proceder-se-á a uma nova votação e, depois desta, eventualmente, à votação de desempate entre os candidatos que obtiveram o maior número de votos, proclamando-se eleito quem tiver alcançado a maioria. Em caso de igualdade, será proclamado eleito o mais ancião no cargo e, se ainda assim não for suficiente, o mais ancião em idade (art. 135, § 5, da Constituição; Lei nº 87 do 1953, art. 6).

3. A PEC N. 35/2015 E O DEBATE QUE NÃO OCORREU AINDA: QUAL A LEGITIMIDADE DE UM JUIZ CONSTITUCIONAL?

Em uma frase, entre *legitimidade institucional* e *legitimidade democrática interposta*. Parece ser essa uma síntese do debate que ainda não ocorreu junto ao grande público na sociedade brasileira, sobretudo por parte da mídia. No entanto, o próprio tema da referida PEC chama pouca atenção da mídia, o que deixa o debate restrito ao âmbito político do Senado Federal, de onde se origina a referida proposta de Emenda.

Para melhor situar em que termos se baseia a discussão atual no Congresso Nacional, colacionamos abaixo o texto que, desde 30/10/2019, se encontra aprovado pelo relator para ser

¹⁵ Diferentemente, os juízes nomeados antes da entrada em vigor da Lei Constitucional nº 2 de 1967 permaneceram no cargo por doze anos (cfr. art. 6 da Lei Constitucional citada), período que começou a contar do dia do juramento.

votado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal:

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, que comprovem pelo menos quinze anos de atividade jurídica.

§ 1º A escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é feita pelo Presidente da República, dentre os integrantes de lista tríplice formada por:

I - um membro do Poder Judiciário, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

II - um membro do Ministério Público, indicado pela Procuradoria-Geral da República;

III - um jurista, indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º As indicações devem ser feitas em até trinta dias a contar do surgimento da vaga.

§ 3º Não recebida a lista tríplice no prazo a que se refere o §2º, o Presidente da República deve fazer a escolha livremente, observados os requisitos do *caput*.

§ 4º O Presidente da República deve comunicar a escolha ao Senado Federal em até trinta dias após o recebimento da lista tríplice.

§ 5º A escolha do Presidente da República deve ser aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal, após arguição pública.

§ 6º Se o Presidente da República não fizer a escolha no prazo a que se refere o §4º, o Senado Federal deve escolher um dos integrantes da lista tríplice, pelo voto da maioria de seus membros, após arguição pública dos indicados.

§ 7º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República para mandato de dez anos, vedada a recondução.

§ 8º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são inelegíveis para qualquer cargo eletivo, até cinco anos após o término do mandato.” (NR)

Já a redação atual do texto constitucional ainda é a seguinte:

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 legislador constitucional reformador pretende tratar de três temas distintos com a PEC em comento: (1) limitação do exercício do cargo por meio de mandato; (2) diversificação na

origem da indicação; (3) introdução de requisito material para exercício do cargo.

Quanto ao primeiro ponto, acima podemos ver que é da tradição constitucional europeu-continental a existência de mandatos para o cargo de juiz constitucional. Não apenas em Itália, França e Alemanha, anteriormente examinados, mas pode-se dizer que a existência de mandatos é uma regra geral – com raríssimas exceções – nos países europeus. O principal argumento a favor dessa limitação temporal consiste na necessidade de compreender o Tribunal Constitucional como um protagonista político dentro do Estado, incumbido da resolução não apenas das discussões envolvendo a constitucionalidade de leis ou atos normativos com força de lei, mas também da excepcional função de julgar crimes cometidos por altas autoridades, como chefes de Estado e de governo.

Ao indicar 10 (dez) anos para o mandato de Ministro do STF, a PEC em análise parece buscar um ponto intermediário entre países que adotam, nove e 12 (doze) anos. Porém, as motivações levam em consideração sobretudo os tempos dos mandatos e legislaturas existentes no Brasil: 10 anos cobriria um período, necessariamente, não coincidente com nenhum cargo eletivo ou mandato existente no âmbito federal, distanciando, pelo menos temporalmente, o momento de escolha de Ministro do STF das eleições gerais.

Contra a limitação temporal há o argumento de que a jurisprudência da Corte poderia ficar à mercê de constantes alterações. Ocorre que não há nenhuma segurança no fato de que um juiz constitucional longevo no cargo não vá mudar sua opinião ao longo do tempo. Mais ainda, uma década é tempo para muitas alterações na sociedade, na política e na compreensão de como interpretar dadas categorias jurídicas, de modo que o argumento de “estabilidade jurisprudencial” perde muito de sua força.

Quanto à diversificação na origem da indicação, trata-se de medida que teria o condão de encerrar as incertezas absolutas que tomam conta do cenário político toda vez que uma vaga é aberta. Ocorre que o inverso dessa moeda aponta para o perigo de um classismo exagerado na limitação de quais seriam os responsáveis pela lista tríplice. Veja-se que o inciso I proposto para o art. 101 colocaria o próprio STF como responsável pela indicação de um membro do Judiciário! A Corte indicar um membro que poderá ser escolhido para sua própria composição? Talvez o mais razoável seria atribuir ao Conselho Nacional de Justiça tal atribuição, pois ele possui um espectro de atuação muito mais amplo e poderia receber habilitações de candidatos de todas as esferas do Judiciário brasileiro. A regulamentação do processo de habilitação nesses responsáveis pelas indicações constitui-se em um desafio, caso aprovada a PEC em comento, talvez maior do que a própria redação do novo art. 101. Algumas perguntas precisariam ser bem enfrentadas pela

eventual norma regulamentadora, como estas: seriam públicas as listas internas com os candidatos e com os habilitados em cada órgão? Haveria a possibilidade de recursos contra a não habilitação?

Já o inciso II proposto reitera problema semelhante detectado no inciso I: restringir ao cargo (Procurador-Geral da República) a indicação, em vez de ao órgão. Caso um eventual Presidente da República assumira, hipoteticamente, uma política punitivista como agenda de governo e escolhesse um PGR na sua mesma linha ideológica, bastaria o Presidente e o PGR combinarem o nome do indicado para que o Presidente escolhesse depois de um rito que se demonstrará por completo inútil! Tal problema poderia ser resolvido com um processo de habilitação, semelhante ao referido acima para o Judiciário, mas comandado pelo Conselho Superior do Ministério Público e envolvendo todos os órgãos de investigação e acusação do país. Isso permitiria receber candidaturas seja de promotores estaduais, seja de delegados estaduais, seja de procuradores da República. Caberia ao CNMP fazer a habilitação e sucessiva escolha. Novamente, a questão da regulamentação assume função mais importante do que a própria alteração do art. 101!

Quanto ao inciso III proposto, críticas poderiam surgir no sentido de que a OAB prestigiaria somente advogados. No entanto, caso fosse alterada a grafia para Conselho Federal da OAB e, em norma regulamentadora, definido que “jurista” inclui também professores, ver-se-ia a Ordem assumir no processo de escolha um protagonismo junto a todos os demais setores do Direito que não se encontram nos dois incisos precedentes. Assim, uma vez que a proposta menciona “jurista”, em vez de “advogado”, tal redação parece ser a menos problemática e passível de mais fácil regulamentação.

Por fim, quanto ao último ponto, a questão do requisito material para o exercício do cargo, trata-se de tema objeto de constantes discussões, como visto anteriormente, no Direito Constitucional Comparado, mas também em solo pátrio. A introdução de 15 (quinze) anos de exercício de “atividade jurídica” mostra-se mais do que salutar: é necessário limitar a indicados aventureiros que possam, por questões de momento político, surgir no cenário e ganhar a indicação presidencial para o cargo de juiz constitucional. De todos os pontos este parece ser o menos polêmico, pois não fala em “atividade judicial”, mas sim jurídica, deixando aberto o espaço a professores, pesquisadores e até mesmo delegados de polícia, entre outras carreiras jurídicas que não sejam propriamente de atuação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: ATÉ QUE PONTO NOSSAS ORIGENS ESTADUNIDENSES DEVEM SEGUIR DANDO TANTO PODER AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA?

A jurisdição constitucional estadunidense parece nos ter legado o sistema de escolha dos Ministros da nossa Corte Suprema, conforme vimos acima. Entretanto, devemos refletir sobre a necessidade de manutenção desse mesmo critério que nos acompanha desde a criação do Supremo Tribunal Federal. Em nossa primeira constituição republicana a proximidade com os EUA era algo inevitável naquele momento histórico. Passados mais de 100 anos, tendo diversos sistemas constitucionais nos influenciado, assim como influenciámos outros tantos, convém nos questionarmos se somos, atualmente, em termos de tradição constitucional, mais europeus ou mais estadunidenses. Este questionamento é relevante para que possamos tentar afirmar uma identidade própria, notadamente brasileira, no âmbito constitucionalista.

Parece indefensável, do ponto de vista teórico, o nosso sistema atual de escolha de juízes constitucionais, pois baseia-se em uma *legitimidade democrática interposta* a partir da figura do Presidente da República. Isso leva ao imaginário popular os mesmos sentimentos – e, por consequência, pode sofrer toda sorte de vícios – que vemos no cenário político dos EUA quando as eleições presidenciais também são pensadas com base em quais os reflexos que tal possível presidente terá na jurisprudência futura da Suprema Corte mediante suas indicações.

A diversificação na origem, vinculando as vagas a determinados setores da sociedade e do Estado, poderia gerar o risco de juízes constitucionais “classistas”, uma vez que, por terem sido indicados por determinado setor, seriam potencialmente tendenciosos. Todavia, riscos na escolha de um juiz constitucional existirão sempre, independentemente do critério de escolha.

O que se deve ter em mente é que o sistema atual toma emprestado do Presidente da República sua legitimidade democrática para justificar a indicação de dado nome ao STF. A adoção de um critério baseado na *legitimidade institucional* de quem indica permitiria reduzir o subjetivismo da escolha, pois cada setor teria condições de adotar critérios mais objetivos para a composição de sua lista interna de indicações para eleição pelo órgão máximo do setor e, até mesmo, critérios meritocráticos. Por exemplo, um modo de refletir no STF a própria repartição de poderes existente nesta República seria repartir a indicação dos Ministros entre três legitimados ativos: Presidência da República, Congresso Nacional e magistratura federal. A relação com a tripartição de poderes é apenas um dos muitos sistemas adotáveis e que soam flagrantemente mais legítimos do que a mera indicação pelo chefe de Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOECHAT, Leda. **A História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BONAVIDES, Paulo/ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. São Paulo: OAB Editora, 2002.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Manuel de droit constitutionnel**. 23^o ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.

CICCONETTI, Stefano M.; TEIXEIRA, Anderson V. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DRAGO, Guillaume. **Contentieux constitutionnel français**. 3^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

DWORKIN, Ronald. Uma vitória maior do que se pensava. **Revista Interesse Público**, vol. 14, n. 76, 2012, pp. 15-28.

DWORKIN, Ronald. Uma decisão que ameaça a democracia. *In*: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.) **Direito à Democracia: estudos transdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pp. 41-55.

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

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Limonad, 1954.

LAGO, Laurênio. **Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos (1821-2001)**. Brasília, 2001.

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

MATHIEU, Bertrand; VERPAUX, Michel. **Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

RITTERSPACH, Theo. **Legge sul Tribunale Costituzionale della Repubblica federale di Germania**. Firenze: Centro Editoriale Europeo, 1982.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **15 anos de Constituição: história e vicissitudes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHWAB, Jünger. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Introdução e organização de Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-

Adenauer, 2005.

TUSHNET, Mark. **A Court Divided**. New York: Norton, 2005.

VERPEAUX, Michel. **Droit constitutionnel français**. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

VILHENA, Oscar Vieira. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: RT, 1994.