

UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

A COMPOSIÇÃO DO STF E A NOMEAÇÃO DE SEUS MINISTROS
DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE

EDUARDO ALTHALER

SÃO PAULO-SP
2010

EDUARDO ALTHALER

**A COMPOSIÇÃO DO STF E A NOMEAÇÃO DE SEUS MINISTROS
DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* TeleVirtual em Direito Público, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Público.

**Universidade Anhanguera-UNIDERP
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

Orientador: Prof. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

**SÃO PAULO/SP
2010**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

São Paulo, 03 de novembro de 2010.

EDUARDO ALTHALER

RESUMO

Desde a primeira Constituição Federal brasileira a forma de nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal se mantém intacta: por nomeação do Presidente da República e aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, seguindo o exemplo da Suprema Corte Americana. Esta longevidade faz parecer que encontramos o modelo ideal, porém, neste meio tempo, vários tribunais constitucionais foram criados, tanto na Europa como na própria América Latina, cada qual com sua própria forma de investidura e diferentes funções. O que se pretende verificar é que inovações esses tribunais trouxeram e de que forma podem servir de modelo para mudanças na composição e nas funções exercidas pelo STF que reforcem sua legitimidade na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos e, principalmente do Estado Democrático de Direito.

Palavras chaves:

Constituição, tribunais, composição.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	06
2- TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS	10
3- A INFLUÊNCIA DA CORTE AMERICANA NA CRIAÇÃO E COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	22
4- O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL ...	24
5- A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O “NOVO” SUPREMO	30
6- PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO NO SISTEMA DE COMPOSIÇÃO DO STF E DE NOMEAÇÃO DE SEUS MINISTROS	36
7- CONCLUSÃO	41
8- BIBLIOGRAFIA	44

1- INTRODUÇÃO:

Mesmo após a promulgação da chamada “Constituição Cidadã” em 1988, e da reforma do Poder Judiciário pela emenda constitucional de 2004, uma coisa não muda em nossa legislação desde a primeira Constituição Federal: a forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. A não ser a palavra “jurídico” para explicitar qual o notável saber que se exigia de um escolhido, que não constava na primeira constituição de 1891, em todas as outras, a composição e a forma de nomeação foram as mesmas: 11 ministros escolhidos pelo Presidente da República entre cidadãos com notável saber jurídico e reputação ilibada, seja lá o que isso significa, que serão aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal.

Essa longevidade, nada comum no direito brasileiro, faz com que se possa imaginar que não poderia existir uma opção, esta seria definitivamente a forma ideal de compor a mais alta Corte do país. Afinal, atravessamos períodos de consolidação do regime republicano, com as oligarquias tomando conta do poder sem ser importunada, por um governo fascista, quase que vitalício, por uma democracia frágil, sempre ameaçada por golpes civis e militares, por um regime autoritário imposto pelas Forças Armadas e, finalmente um período de estabilidade democrática, vivido não sem muitas turbulências. Depois de tudo isso o Supremo, a exemplo da Corte Suprema americana, da qual foi inspirado, continua intacta, tendo servido a todos com poucas contestações.

A semelhança com a Corte Americana poderia nos fazer supor que, se lá não foi preciso alterá-la, porque aqui precisaria? No entanto a força e a estabilidade da democracia americana, com sua constituição com poucas emendas, que perdura desde 1789, mesmo em meio a guerras, revoluções e assassinatos de Presidentes, nos faz entender a sua perenidade. Além disso, o número de seus membros foi alterado mais vezes do que aqui, passando de seis, para cinco, para seis novamente, para sete, nove, dez, sete e novamente nove, pois sua previsão não é constitucional, mas sim legal, o que facilita as mudanças ao sabor político. Aliás, Rui Barbosa se gabava da superioridade, num ponto cardeal, da nossa à Constituição americana, em defesa das garantias da magistratura.¹

¹ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 215.

No início do século XX foi criado na Áustria o primeiro Tribunal Constitucional europeu, que a despeito de sofrer influência da Corte Suprema americana, dela se diferenciava bastante. Com a ascensão do nazismo e demais fascismos na Europa, a criação de novos tribunais foi adiada. Porém essa fase negra da história serviu para que a instalação destes tribunais ganhasse força, pois sua finalidade precípua era garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecer um maior equilíbrio entre os poderes estatais e, com isso garantir que regimes bárbaros não mais teriam chances de retornar ao poder.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos foi a pedra fundamental deste sistema. Na República de Weimar, por não haver esse tipo de controle, o Partido Nazista pode alterar as leis concedendo ao Führer cada vez mais poder, sem fugir das regras do regime de então. Com a criação dos Tribunais Constitucionais, esses passaram a ser o guardião da Constituição, realizando uma fiscalização concentrada da compatibilidade das leis com a Constituição, competindo-lhes o poder-dever de excluí-las do ordenamento jurídico, caso fossem incompatíveis com a Lei Fundamental.

No Brasil esse tipo de controle constitucional só foi previsto com a Emenda nº 16 de 06/12/1965 que, apesar de estar sob a égide da Constituição de 46, foi promulgada após o golpe militar, o que a fez perder seu vigor, dando a entender que tal controle fosse uma inovação da Carta Política de 88.

Na Assembleia Nacional Constituinte não foram poucos os debates sobre propostas de alteração do processo de nomeação de ministros do STF e até mesmo a criação de um Tribunal Constitucional independente, o que tornaria mais eficiente o controle da constitucionalidade. No entanto, por entender que assim perderiam sua principal atribuição e, em consequência grande parte do prestígio de que gozavam, os ministros do Supremo, e também porque continuariam a exercer seus cargos após a entrada em vigor da nova Constituição, fizeram forte oposição a qualquer mudança em sua composição e competência², sendo contrários inclusive à criação do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto ao STF restou uma competência muito ampla, ao mesmo tempo em que funciona como órgão de cúpula do Poder Judiciário, sendo uma espécie de última instância recursal, atua também como Corte Constitucional do país.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 110.

Por isso, a escolha correta de ministros que realmente possam exercer esse ofício com dignidade, responsabilidade e eficiência é de suma importância. E, nesse ponto entra a questão da mistura entre política e direito. Na busca por um modelo ideal se fala em alguém que saiba mesclar o político ao jurisdicional, se utilizando dos rigores da lei com uma sensibilidade política. No entanto, essa sensibilidade política é difícil de aferir, pois não se trata de uma atuação político partidária, mas sim de realizar a defesa do cidadão perante os poderes estatais, defendendo não só as maiorias, mas também os direitos das minorias e, em especial seus direitos fundamentais.

A questão é relevante pois praticamente todas as leis e atos normativos produzidos no país poderão passar pelo crivo desses 11 membros, que decidirão sobre a sua validade ou não e, mais que isso, muitas vezes irão julgar de forma definitiva as lides nas quais hajam surgido questões constitucionais.

Os requisitos exigidos para que um cidadão possa ser nomeado pelo Presidente da República para um cargo de ministro do Supremo são mínimos, o que lhe dá uma larga margem de discricionariedade. A idade é um fator determinante, mas amplo, exigindo-se que tenha entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos. A exigência de notável saber jurídico e de reputação ilibada é, com certeza, muito subjetiva. Pelo menos depois que foi acrescentado o “jurídico” ao “notável saber”, sempre foram nomeados bacharéis em Direito, o que é o mínimo que se espera. A reputação ilibada é mais difícil de averiguar, talvez tanto quanto a sensibilidade política do candidato mas, numa interpretação ampla, podemos dizer que é aquele que não tem antecedentes criminais.

Como o Senado Federal tem sempre apenas homologado o nome que o Presidente da República indica, este pode escolher a seu talante qualquer bacharel em Direito que não tenha uma reputação muito ruim. Apesar de grandes juristas já terem sido designados para o cargo, nada indica que isso irá sempre acontecer. A amizade pessoal, ou pelo menos a proximidade de idéias político-partidárias, geralmente tem mais peso nesta hora.

Com isso a legitimidade das decisões do Supremo fica indiretamente prejudicada. Por que um processo que passou por mãos de juízes de larga experiência, que passaram em um disputadíssimo concurso público, poderá ter a sua decisão final modificada, sem possibilidade de recurso, por um bacharel em

Direito que nunca demonstrou ter qualidades ou habilidades especiais para o exercício desse mister?

Por isso precisamos fazer uma análise de como os Tribunais Constitucionais da Europa escolhem seus membros e como atuam na defesa dos direitos fundamentais e na guarda da constituição. Culturas políticas e jurídicas diversas resultam em sistemas diversos. No entanto, analisando as diferenças e suas vantagens e desvantagens em cada caso, e nos reportando à história do próprio Supremo Tribunal Federal, talvez possamos encontrar, não um modelo perfeito, mas ao menos o que seja o menos pior.

2- TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS:

Os Tribunais Constitucionais europeus, que começaram a surgir no início do século XX, buscavam uma alternativa ao modelo da Corte Suprema americana. Ao contrário da Corte brasileira, os europeus não se limitaram a copiar, com poucas adaptações, o modelo americano; mas criaram novas formas de se organizar e de distribuir suas competências, dando relevância à eficácia *erga omnes* na apreciação de questões de constitucionalidade. Seus objetivos eram diversos do Supremo americano, que se moldou a um Estado Liberal, visando principalmente garantir os direitos de liberdade e de propriedade, enquanto na Europa a preocupação era com a implantação do *Welfare State* e com os problemas acarretados pela supremacia absoluta do Parlamento da época.

Intensificou-se, na Europa, a necessidade de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, na busca de um equilíbrio e harmonização entre os poderes, que se caracterizavam por uma desenfreada e desordenada produção de leis, o que era preocupante em vista do que tinha ocorrido com a República de Weimar, que se degenerou, por meio dessa produção de leis sem controle constitucional, num regime totalitário. Além disso, após a 2ª Guerra, proliferavam as declarações (nacionais e supranacionais) de direitos fundamentais, as quais visavam justamente evitar os abusos que deram ensejo ao aparecimento de regimes ditatoriais. Nestes países havia ficado claro que a vontade dos parlamentos poderia ser facilmente seduzida pela promessa de maior poder. Aos Tribunais Constitucionais foi atribuído o poder-dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, analisando as questões sob um enfoque ético, assumindo, concomitantemente, as novas funções de controle dos outros dois poderes políticos do Estado.

O austríaco Hans Kelsen, criador do controle concentrado de constitucionalidade justificava a escolha de um único órgão para exercer tal função:

Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considerar a lei como inconstitucional, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros

casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito³.

No entanto, como sempre, essa tese não foi aceita unanimemente, destacando-se a controvérsia sobre qual órgão deveria realizar o controle de constitucionalidade entre Hans Kelsen, para quem deveria haver um controle jurisdicional, e o alemão Carl Schmitt, que defendia que o controle deveria ficar a cargo do Presidente do Reich⁴.

A Constituição Austríaca de 1º/10/1920 foi a primeira a prever a existência de um Tribunal Constitucional, que exerceria com exclusividade o controle judicial de constitucionalidade, em oposição ao *judicial review* norte-americano, que distribuía este controle por todos os juízes e tribunais⁵. Ela foi colocada de lado nos anos em que antecederam a anexação da Áustria pela Alemanha e só foi restabelecida com o término da 2ª Guerra Mundial.

Como veremos a seguir, apesar de haver muitas características comuns, os Tribunais Constitucionais apresentam-se de forma diferente nos diversos países que o adotaram, especialmente na forma de sua composição, investidura, garantias aos seus membros, requisitos capacitários e duração do cargo. O Tribunal Austríaco e o Alemão são importantes por terem sido criados por meio de discussões doutrinárias que o colocaram em relevo, influenciando sistemas jurídicos de outros Estados. Também podemos destacá-los por ser um instrumento da reconstrução democrática dos dois países que viveram sob o regime nazista. A análise do Tribunal Português tem interesse especial para nós, em vista da colonização pela qual passamos e por ser um dos mais recentes, aquilatando novas idéias de outros tribunais.

O Tribunal Austríaco, previsto na parte VI (Garantias da Constituição e da Administração), letra “c” da constituição federal, é um órgão autônomo e

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 288-290

⁴ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 117.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 116.

independente em relação aos demais poderes do Estado, situado fora do poder judiciário. Não possui autonomia administrativa, dependendo da Chancelaria para a designação de funcionários administrativos.

Compõe-se de 14 membros e seis suplentes, atuando em sessões plenárias e somente questões secundárias são tratadas por comitês, gozam da garantia da vitaliciedade, podendo ser destituídos apenas nos casos e na forma previstos em lei e somente em virtude de decisão judicial. A Constituição prevê a aposentadoria compulsória no dia 31 de dezembro do ano em que o juiz completar 70 anos de idade.

Os membros do Tribunal Constitucional Austríaco podem ser nomeados por dois tipos de procedimentos distintos: o presidente, o vice-presidente, seis membros e três suplentes são escolhidos pelo Governo Federal, todos eles entre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das Faculdades de Direito e Ciências Políticas. Os outros 6 membros e 3 suplentes são escolhidos pelo Parlamento, dos quais 3 membros e 2 suplentes pelo Conselho Nacional, por maioria qualificada, e 3 membros e 1 suplente pelo Conselho Federal, por maioria absoluta. Todos os membros são nomeados pelo Presidente Federal. Os partidos políticos convencionaram entre si que as indicações refletiriam a força numérica de cada partido. Não poderão ser nomeados presidente ou vice-presidente aqueles que tenham exercido, nos últimos 4 anos, os cargos de membros do Governo Federal, os do Governo de um Estado, os do Conselho Nacional ou Conselho Federal, ou ainda, de qualquer assembleia representativa.

Todos os membros ou suplentes devem ser formados em Direito e Ciências Políticas e ter exercido, por no mínimo 10 anos, a profissão em que se exigia tal qualificação profissional. Não há previsão de idade mínima para sua nomeação, no entanto, serão aposentados no dia 31 de dezembro do ano em que fizerem 70 anos. Os membros do Tribunal Constitucional possuem as mesmas garantias da magistratura.

É vedada a filiação político-partidária, não podendo ser nomeados para o Tribunal Constitucional os membros do Governo Federal, os do Governo de um Estado, os do Conselho Nacional ou Federal, ou de qualquer assembleia representativa. Também é vedado o exercício de qualquer outro cargo ou função pública ou privada aos membros do Tribunal, com a exceção do magistério.

Sua principal atribuição é exercer, com exclusividade, o controle da constitucionalidade. A análise da constitucionalidade das leis recai integralmente sobre o Tribunal Constitucional. Os outros juízes e tribunais carecem de competência para, mesmo mediante de um caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma determinada norma.

A inconstitucionalidade de uma lei só pode ser analisada se o tribunal for provocado, por meio de uma ação direta que, em se tratando de leis federais pode ser proposta pelos governos regionais e um terço dos deputados do Conselho Nacional ou a terça parte do Conselho Federal ou, no caso de lei regional, pelos governos regionais e um terço dos deputados do Conselho Nacional ou a terça parte dos membros do Conselho Federal e a terça parte dos membros das Assembléias Regionais.

Além disso, quando um tribunal considerar inconstitucional uma norma, de cuja validade dependa a decisão de um caso, deverá suspender o processo e submeter a questão constitucional à decisão do Tribunal Constitucional. Este irá analisar exclusivamente a constitucionalidade da lei, devolvendo a matéria fática ao tribunal competente para proceder ao julgamento, ficando este vinculado à decisão sobre a questão constitucional. No entanto, se os tribunais entenderem que a lei é constitucional, procederão à conclusão do julgamento, sem que o Tribunal Constitucional possa analisar a questão.

Compete ainda à Corte Constitucional conhecer do recurso constitucional que pode ser interposto por qualquer cidadão que se sinta lesado em face da prática de um ato ou de uma conduta administrativa inconstitucional, no prazo de seis meses.

Dessa forma o Tribunal passou a realizar a fiscalização abstrata e concreta da constitucionalidade das leis, e a proteger de forma difusa os direitos fundamentais. Fora isso, a ele também cabem outras competências que envolvem especialmente a forma federativa de governo, o respeito à legislação eleitoral, entre outras.

As decisões do Tribunal Constitucional austríaco terão efeitos *erga omnes* (mesmo na fiscalização concreta da inconstitucionalidade, pois a lei será retirada do ordenamento jurídico), *ex nunc* (não retroativos), repristinatórios (voltando a lei derogada a entrar em vigor) e vinculante (sendo obrigatória para todos os tribunais e órgãos administrativos). O sistema austríaco ainda prevê a possibilidade de

manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, que poderá ser usada para a manutenção da segurança jurídica⁶.

Na Alemanha, após o período nazista, onde a lei do Führer era necessariamente vinculante a todos os juízes e tribunais, sem admitir contestação, a instituição de uma Corte Constitucional foi considerada vital, o que ficou oficialmente previsto na Lei Fundamental Alemã de 1949. Tal jurisdição constitucional não foi afetada pela Unificação Alemã.

O Tribunal Constitucional Federal é um tribunal da federação, autônomo e independente, apesar de fazer parte do Poder Judiciário, possuindo autonomia organizacional, orçamentária e administrativa.

Compõe-se de 16 membros, divididos em 2 Senados, com oito membros cada, que se encontram no mesmo plano hierárquico. Em cada Senado, 3 membros deverão ser escolhidos entre os juízes dos tribunais federais superiores, que exerçam o cargo a mais de três anos e os restantes livremente. A Lei do próprio Tribunal prevê a existência, em cada Senado, de Câmaras compostas por três juízes, para a realização do exame prévio sobre o cabimento de recursos constitucionais.

Os membros do Tribunal serão eleitos em partes iguais pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, exigindo-se a maioria de dois terços, o que obriga os partidos políticos a buscarem um consenso, de forma que melhor reflita a representatividade parlamentar. O Parlamento escolhe os juízes por meio de um sistema indireto, por meio de uma comissão que representa todos os parlamentares. Já o Conselho Federal elege diretamente os juízes constitucionais. O presidente e o vice-presidente são eleitos alternativamente pelo Parlamento e pelo Conselho Federal e seus mandatos têm a duração de sua atuação na Corte.

Como requisitos para serem escolhidos, os juízes constitucionais devem possuir os mesmos direitos políticos exigíveis ao parlamentar, além dos requisitos específicos para o exercício da judicatura. Por ocasião das discussões para a criação da Lei Fundamental, aventou-se a possibilidade de o tribunal ser integrado também por não juristas, no entanto, optou-se por uma composição de “homens da lei”.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 133/135.

Todos os juízes devem ter completado 40 anos e somente poderão exercer a atividade até os 68 anos, independentemente do término do mandato, cuja duração é de 12 anos, sendo vedada a reeleição ou mesmo uma eleição subsequente. Possuem as mesmas garantias dos demais juízes: independentes e subordinados unicamente à lei. Não poderão pertencer ao Parlamento Federal, nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem a órgãos correspondentes de um Estado. O juiz constitucional não pode exercer qualquer outra atividade profissional, a não ser a de magistério superior.

Não há previsão de destituição política do cargo, havendo apenas a previsão, na Lei do Tribunal Constitucional, de o próprio Plenário do Tribunal, por 2/3 de seus membros, autorizar o Presidente da República a demitir um de seus membros quando, em virtude de ação desonrosa, for condenado com sentença transitado em julgado, ou condenado a cumprir uma pena privativa de liberdade superior a seis meses, ou for culpado por violação de deveres que impeçam a sua permanência no cargo. O Pleno do Tribunal poderá ainda, por 2/3 de seus membros, afastar provisoriamente o juiz de sua função após iniciado o procedimento de destituição.

Ao Tribunal Constitucional Federal compete o controle jurisdicional de constitucionalidade concentrado e difuso, o julgamento do recurso constitucional, o conflito entre órgãos, os conflitos federais, entre outras.

O recurso constitucional pode ser interposto por qualquer pessoa, inclusive estrangeira, física ou jurídica, que afirme ter sido prejudicada em seus direitos fundamentais e assemelhados pelo poder público. Essa previsão decorre da importância dada pela Lei Fundamental a certos direitos que preservam o Estado Democrático de Direito, sendo uma via de resistência ao autoritarismo. O acesso é garantido a todos gratuita e independentemente de advogados. Não obstante, para o cabimento do recurso, é necessário o esgotamento dos recursos judiciais ordinários.

Quando o Tribunal Constitucional julgar procedente um recurso constitucional, ele anula a decisão judicial ou o ato administrativo que não observou um direito fundamental ou assemelhado. No caso de decisão judicial, determinará o retorno dos autos ao tribunal competente para que seja realizado um novo julgamento. No caso de um ato normativo, ele é retirado do ordenamento jurídico, com efeitos vinculantes.

Todos os recursos constitucionais devem ser julgados, mas a própria Lei do Tribunal Constitucional Federal permite que uma Câmara possa, por unanimidade não admitir o recurso, quando não presentes os seus pressupostos, em decisão irrecurável e que não necessita ser fundamentada. Dessa forma, na prática, o Tribunal Constitucional Federal pode exercer o mesmo juízo de admissibilidade discricionário que a Suprema Corte Americana⁷.

Somente ao Tribunal Constitucional Alemão é permitido declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. Quando houver dúvidas sobre a compatibilidade da legislação federal ou estadual com a Lei Fundamental, ou de uma legislação estadual com a legislação federal, o Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento poderão solicitar ao Tribunal a solução da divergência.

Na mesma linha, quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão de um caso sob a sua jurisdição, deverá suspender o processo e submeter a questão constitucional ao Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de violação da Lei Fundamental. Em virtude do monopólio sobre as declarações de inconstitucionalidade, é vedada a possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo para quaisquer juízes ou tribunais.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei tem efeitos *ex tunc*, diferente do previsto na Áustria, e vinculantes, não somente em relação ao dispositivo, mas também a fundamentação da decisão. Porém, em relação às sentenças judiciais transitadas em julgado que se basearam em lei posteriormente considerada inconstitucional, não haverá possibilidade de qualquer alteração, salvo se houver previsão específica em lei especial. Isso não afasta a ilegitimidade das execuções fundadas nestas sentenças, que poderão ser embargadas.

O respeito elevado que a doutrina alemã tem pela inviolabilidade da coisa julgada é mais uma herança do repúdio ao regime nazista, onde a coisa julgada poderia ser facilmente repelida. Todo esse sistema de proteção dos direitos fundamentais e assemelhados ganhou uma importância vital para o modelo de democracia adotado pela República Federal da Alemanha no Pós-Guerra.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 166.

Em Portugal, também foi adotado o controle concentrado de constitucionalidade e formado um Tribunal Constitucional somente após a queda do regime fascista que foi derrubado pela revolução de 1974. No período monárquico e suas três constituições, a fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos era meramente política, sem intervenção jurisdicional. A partir de 1911 a fiscalização política da constitucionalidade permanece, mas inicia-se um controle difuso de constitucionalidade, instituído sob a inspiração da Constituição Brasileira de 1891. A partir de 1976, na vigência da atual Constituição Portuguesa, o controle político passou a ser exercido pela Comissão Constitucional e pelo Conselho da Revolução. Com a extinção deste, pela primeira Revisão, de 1981-1982, foi criado o Tribunal Constitucional, cabendo a partir de então exclusivamente aos órgãos jurisdicionais o controle da constitucionalidade.

O Tribunal Constitucional está previsto na Constituição Portuguesa no artigo 221, ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes. Estes se dividem em duas seções não especializadas e de igual hierarquia, porém cabe ao plenário a fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade. A Constituição incumbe à lei estabelecer as regras relativas à sede, à organização e ao funcionamento do Tribunal Constitucional.

O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável. Portanto, inexistente a garantia da vitaliciedade de seus membros.

Entre os membros do Tribunal Constitucional dez são designados pela Assembleia da República, mediante eleição e três cooptados por estes. Seis dos juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre juízes dos restantes tribunais e os demais entre juristas. Para a escolha dos juízes pela Assembleia, é necessário que o candidato seja apresentado por um mínimo de 25 e um máximo de 50 deputados perante o Presidente da Assembleia da República. Serão considerados eleitos os candidatos que obtiverem o voto de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados. Os 3 juízes cooptados são escolhidos pelos juízes eleitos pela Assembleia. Em Portugal, inexistente a participação do Presidente da República

na escolha dos juízes que compõem o Tribunal Constitucional, ficando a cargo da Assembleia, direta ou indiretamente, a designação de todos os membros.

Os juízes do Tribunal Constitucional elegem o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Constitucional, os quais exercem funções por um período igual à metade do mandato de juiz, podendo ser reconduzidos.

Podem ser eleitos juízes do Tribunal Constitucional os cidadãos portugueses no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos que sejam doutores, mestres ou licenciados em Direito, por escola portuguesa ou oficialmente reconhecida em Portugal, ou juízes dos restantes tribunais. Da mesma forma que a Lei Fundamental Alemã, em Portugal só podem fazer parte do Tribunal Constitucional “homens da lei”, restringindo as opções aos juízes e juristas.

Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais

Os juízes do Tribunal Constitucional são independentes e inamovíveis, não podendo as suas funções cessar antes do término do mandato para o qual foram designados, salvo nos casos legalmente previstos, como morte ou impossibilidade física permanente, renúncia, prática de ato incompatível com a função, demissão ou aposentadoria compulsória em consequência de processo disciplinar ou criminal. Os juízes do Tribunal Constitucional não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo nos termos e limites em que o são os juízes dos tribunais judiciais.

É incompatível com o desempenho do cargo de juiz do Tribunal Constitucional o exercício de funções em órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local, bem como o exercício de qualquer outro cargo ou função de natureza pública ou privada, a não ser o exercício não remunerado de funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica.

Compete ao Tribunal Constitucional, essencialmente, apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade. A Constituição Portuguesa direccionou ao Tribunal as principais competências que caracterizam a jurisdição constitucional como o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, proteção dos direitos fundamentais (via controle difuso), controle das regras da democracia representativa e participativa, controle do bom funcionamento dos

poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais.

Em Portugal inexistia o recurso constitucional para a tutela dos direitos fundamentais, no entanto o Tribunal tem ampla competência para realizar o controle de constitucionalidade preventivo e repressivo, inclusive neste último caso por omissão, e o controle da legalidade.

A Constituição permite ao Tribunal a fiscalização preventiva da constitucionalidade, após a aprovação da lei e antes de sua promulgação e publicação. Tal fiscalização só pode ser realizada se requerida pelo Presidente da República, pelos ministros da República, pelo Primeiro-Ministro ou por um quinto dos deputados da Assembleia da República. No entanto, a Assembleia da República poderá afastar a declaração preventiva de inconstitucionalidade por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que atinja a maioria dos deputados em exercício de suas funções.

O Tribunal Constitucional tem a competência de apreciar e declarar a inconstitucionalidade de quaisquer normas, em fiscalização abstrata. São legitimados para propor ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, o presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o procurador-geral da República, ou um décimo dos deputados que compõem a Assembleia da República.

O controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico português se assemelha ao *judicial review* do direito norte-americano, pois todos os órgãos judiciais podem declarar a inconstitucionalidade incidentalmente, com efeito somente para as partes. Porém, a constituição prevê o denominado recurso de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, o que lhe dá a última palavra sobre a constitucionalidade da norma. Em alguns casos há a obrigatoriedade, por parte do Ministério Público de recorrer, pois mais do que direitos e interesses privados, está em jogo a integridade da ordem jurídica. O Tribunal só poderá julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida tenha aplicado ou a que haja recusado aplicar, o que quer dizer que está vinculado ao pedido incidental, no entanto, não está vinculado à causa de pedir, podendo declarar a inconstitucionalidade com fundamentos diversos do arguido.

O Tribunal Constitucional não julga o mérito do processo. Ao dar provimento a um recurso, ele determinará a remessa ao tribunal competente para o

julgamento da lide para que reforme sua decisão em conformidade ao decidido na questão de constitucionalidade ou legalidade.

Se o Tribunal Constitucional julgar uma norma inconstitucional ou ilegal em três casos concretos, ele poderá declará-la abstratamente inconstitucional ou ilegal, com força obrigatória.

Há ainda a previsão constitucional de declaração de inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas necessárias para a efetivação das normas constitucionais. Reconhecendo a inconstitucionalidade o Tribunal Constitucional dará conhecimento ao órgão legislativo competente.

Quanto à proteção dos direitos fundamentais, não há no ordenamento jurídico português um instrumento, como o recurso constitucional alemão ou o recurso de amparo espanhol, que possibilite o acesso direto ao Tribunal Constitucional, nas hipóteses de ameaça ou lesão impostas pelo poder público. No entanto, o artigo 20 da Constituição Portuguesa garante que a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Como em outros países europeus, o Tribunal Constitucional de Portugal foi criado logo após a queda de um regime fascista, o que fez com que houvesse uma preocupação em não permitir que organizações que professem essa ideologia tenham oportunidade de se legalizar. Ao Plenário do Tribunal Constitucional cabe decretar a extinção das organizações ou partidos políticos (neste caso a requerimento do Ministério Público) que perfilhem a ideologia fascista.

Compete também ao Tribunal Constitucional, como já dito, o controle das regras da democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos), verificando a regularidade e a validade de todo processo eleitoral. Além disso, cabe-lhe uma função moderadora no sentido de verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções; e a perda do cargo de Presidente da República, nos casos de ausentar-se do território nacional sem o consentimento da Assembleia da República, ou quando houver condenação por crimes praticados no exercício de suas funções.

Quanto aos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional, na fiscalização preventiva da constitucionalidade, se o Tribunal se manifestar pela inconstitucionalidade da norma, o diploma deverá ser vetado pelo Presidente da

República ou pelo ministro da República, conforme o caso. A norma só poderá ser promulgada se o órgão que a tiver aprovado expurgar a inconstitucionalidade, pela maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que seja também a maioria absoluta.

Na fiscalização abstrata de constitucionalidade e legalidade, a declaração em tese de inconstitucionalidade ou ilegalidade tem efeitos *erga omnes*, uma vez que a norma é declarada nula, produzirá efeitos *ex tunc*, determinando a repristinação das normas que ela, eventualmente, houver revogado. Os efeitos vinculantes também se aplicam em relação ao legislador e ao próprio Tribunal. Os efeitos retroativos não valem para a coisa julgada, salvo decisão em contrário do Tribunal, que poderá manipular os efeitos da sentença, como fixar efeitos *ex nunc*, bem como determinar a inexistência de efeitos repristinatórios.

Na fiscalização repressiva concreta, a declaração de inconstitucionalidade terá efeitos *ex tunc*, porém só para as partes daquele processo, vinculando a decisão do tribunal recorrido.

Se, por outro lado, não for declarada a inconstitucionalidade de uma norma, não haverá efeito algum, pois o Tribunal não faz uma declaração positiva de constitucionalidade da norma.

3- A INFLUÊNCIA DA CORTE SUPREMA AMERICANA NA CRIAÇÃO E COMPOSIÇÃO DO STF

No Império, os direitos e garantias dos cidadãos e o funcionamento dos poderes públicos não estavam entregues ao amparo do Poder Judiciário. A constituição estava sob a guarda dos Poderes Executivo e Legislativo, que eram supervisionados pelo Poder Moderador, exercido pelo imperador, ao qual competia a função de manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes políticos.

Pela constituição de 1824 foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, ao qual competia a decisão definitiva de todas as lides, porém limitava-se à solução de causas cíveis e criminais entre particulares, perfazendo uma típica Corte de Cassação. Seus componentes provinham das relações provinciais, eram recrutados pelo critério de antiguidade e nomeados pelo imperador, adquirindo, por força do artigo 153, caráter de perpétuos, podendo ser, no entanto, suspensos pelo imperador ou cassados em razão de decisão judicial.

Inteiramente diversa foi a inspiração para a criação do Supremo Tribunal Federal. Foram abandonadas as doutrinas francesas que, desde a Revolução de 1789, desconfiavam da autonomia do judiciário, preferindo submetê-lo ao poder legislativo e foi adotado pelos republicanos o modelo norte-americano, que era tido como uma decorrência necessária do sistema federal. Ao Supremo caberia, a missão totalmente nova, de investigar a constitucionalidade da lei, antes de aplicá-la.

Aliada ao poder de apreciar a validade das normas à função fundamental de proteção dos direitos individuais, ao judiciário caberia também, assegurar o funcionamento da organização federal, regulando os conflitos entre a União e os Estados e destes entre si.

O Supremo Tribunal Federal foi criado pelo decreto 848, de 11 de outubro de 1890, e instalou-se a 28 de fevereiro de 1891, já constitucionalmente previsto. Rui Barbosa, o autor da constituição de 1891, adotou o modelo norte americano, porém, conhecendo os problemas de intromissão indevida dos poderes executivo e legislativo ocorridos nos Estados Unidos, adotou dispositivos para preveni-los, atribuindo expressamente aos juízes brasileiros o direito de declarar a inconstitucionalidade das leis federais e estaduais e dos atos do poder executivo,

determinando o número de juízes do Supremo Tribunal Federal no corpo da própria constituição, entre outros⁸.

Ainda sob inspiração americana, foi prevista a vitaliciedade dos juízes federais, estendida aos membros do Supremo, podendo ser destituídos apenas por sentença judicial transitada em julgado. Tal garantia, aliada à previsão constitucional do número de componentes do órgão e à irredutibilidade de seus salários, reforçava a independência em relação ao poder executivo e o respeito à autonomia da Corte.

O STF seria composto de 15 juízes, entre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado⁹, nomeados pelo Presidente da República, sujeita esta a aprovação do Senado. Note-se que nessa primeira constituição da República, ainda não se colocava como requisito o saber “jurídico”, que viria a ser incorporado nas próximas constituições.

Já nesta época, verificava-se o receio de que a composição do Supremo Tribunal Federal resultasse em um mecanismo de arbitrariedades, comandado pelo chefe do poder executivo, razão pela qual se propôs que os membros da Corte fossem oriundos dos tribunais superiores. Apesar das discussões ocorridas na Assembléia Legislativa, acabou prevalecendo a vontade do Governo Provisório, que obteve o apoio necessário para fazer valer o sistema já implantado no país por meio de decretos anteriormente expedidos¹⁰.

Com a Lei federal nº 221, de 1894, foi adotado o controle difuso de constitucionalidade por via de exceção, também copiado do modelo norte-americano, que concedeu aos juízes e tribunais a competência para apreciar a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais.

⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. **Direito e Política**: Os Direitos Humanos no Brasil e nos Estados Unidos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, pp 191/192.

⁹ Para se eleger Senador era necessário ter mais de 35 anos e mais de 6 como cidadão brasileiro.

¹⁰ DEZORZI, Diego. 200 Anos do Judiciário Independente no Brasil: a (in)adequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: Bauab, José D’Amico et al. **Trabalhos vencedores do I Concurso Nacional de Monografias do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 314.

4- O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL:

Sob a égide da primeira constituição republicana, a supremacia presidencial e ditatorial dos primeiros anos da República fez com que a harmonia e o equilíbrio entre os poderes fossem reiteradamente desrespeitados. Várias decisões não foram acatadas pelo executivo.

Talvez a primeira grave crise enfrentada pelo Supremo ocorreu quando, no período do governo Floriano Peixoto, foi atribuída a ele a afirmação de que, se os ministros do Supremo concedessem ordens de habeas-corpus contra atos seus, não haveria quem as concedessem em favor deles. No entanto, o conflito surgiu com a primeira declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal, o Código Penal da Marinha. Os ministros foram ameaçados de serem julgados pelo Senado Federal, por crime de responsabilidade, o que não chegou a ocorrer.

Neste período, o Presidente da República chegou a nomear um médico e dois generais para o cargo de ministros. Tais atos foram invalidados pelo Senado. Há de se notar que o Senado somente impugnou cinco nomeações para o cargo de ministro do Supremo até hoje, todas no governo de Floriano Peixoto. Este, contrariado, deixou de prover sete vagas, impossibilitando o funcionamento do órgão por falta de quorum.

Passado esse primeiro período de grandes turbulências, o Supremo Tribunal Federal passou a consolidar seu papel de guardião da Constituição e das liberdades individuais, tendo desenvolvido uma doutrina própria em relação ao habeas corpus, alargando o seu cabimento para além da liberdade de locomoção. Entretanto, a emenda constitucional de 1926 limitou o habeas corpus à liberdade de locomoção, restringindo seu cabimento, pelo qual se encaminhavam direitos políticos.

A Revolução de 1930 pôs fim ao regime constitucional adotado pela carta de 1891, iniciando-se um novo período de turbulências. O Supremo foi diretamente afetado, com o decreto 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, que reduziu o número de ministros para onze e aposentou seis de seus ministros, os quais haviam votado contra os rebeldes de 1922, 1923, 1924 e 1926.

Com a promulgação da Constituição de 1934, mantiveram-se quase que inalteradas as garantias previstas na anterior: a vitaliciedade foi restringida, ficando

os ministros sujeitos à aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos, a irredutibilidade de vencimentos e a inamovibilidade também foram mantidas. Vedou-se a atividade político partidária. Para a nomeação dos ministros, também não foi apresentada mudanças significativas, acrescentando-se aos requisitos capacitórios o notável saber “jurídico”, como já foi dito acima, e a exigência de que fossem brasileiros natos, com idade mínima de 35 e máxima de 65 anos. A composição do órgão foi mantida em onze juízes, podendo, no entanto, ser elevada, por meio de lei proposta pela própria Corte, para até 16 juízes, vedando-se a sua redutibilidade.

Em sede de jurisdição constitucional, a constituição de 34 trouxe importantes inovações legislativas. Foi criado como complemento ao *habeas corpus*, o mandado de segurança. À, agora denominada, Corte Suprema coube a competência para julgar os mandados de segurança impetrados contra atos do Presidente e de seus ministros de Estado. Ao mesmo tempo passou-se a exigir a maioria absoluta dos membros para a decretação da inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, enquanto anteriormente só se exigia a maioria relativa.

Outra inovação importante foi a possibilidade de intervenção federal em negócios peculiares dos Estados, para assegurar a observância de determinados princípios. Tal intervenção só seria possível se a Corte Suprema declarasse a inconstitucionalidade de uma lei estadual, mediante provocação do procurador-geral da República. Este pode ser considerado o embrião da previsão de controle concentrado da constitucionalidade no Brasil.

Pelo controle incidental de inconstitucionalidade, as decisões do Supremo não tinham eficácia *erga omnes*, porém foi outorgado ao Senado o poder de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (CF de 1934, art. 91, IV).

Apesar de tais inovações e de ser considerada uma das mais avançadas constituições da época, principalmente quanto à previsão de direitos sociais, ou talvez por isso mesmo, a Carta de 1934 teve vida efêmera. Sob o pretexto de que o país estava ameaçado pelo comunismo, a 10/11/1937, com o apoio das Forças Armadas, é dado um golpe de Estado, pondo fim ao regime constitucional vigente, sendo outorgada uma nova constituição, prevendo eleições indiretas e um plebiscito para referendá-la, o que nunca aconteceu.

No que diz respeito às garantias, composição e competências do Supremo Tribunal Federal, não houve modificações substanciais na previsão constitucional, tendo apenas sido diminuída para 68 anos a idade limite para a aposentadoria compulsória.

A maior diferença em relação às constituições anteriores não se deu em seu aspecto formal, mas sim em como foi exercida a relação entre os poderes. Com a previsão constitucional de que o legislativo poderia suspender decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de ato normativo, coube ao Presidente da República, na prática, exercer tal poder, pois o Parlamento esteve dissolvido durante o Estado Novo. Assim, mediante a expedição de decreto-leis, o ditador confirmava a constitucionalidade da lei, passando o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a sua validade¹¹.

O Presidente da República, em 1940, avocou para si o direito de nomear o presidente e o vice-presidente da Corte, até então eleitos por seus pares. Com tais medidas, transformou-se o Supremo Tribunal Federal, que voltou a ser denominado assim, numa Corte de Cassação, similar ao Supremo Tribunal dos tempos do Império, abstendo-se de pronunciar-se sobre questões controvertidas de direito público¹², cumprindo à risca o disposto no artigo 94 da constituição que vedava ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

A doutrina das questões políticas (political questions), amplamente discutida na Suprema Corte Americana, contém em si um conceito vago que significa um meio de se livrar da obrigatoriedade de decidir e resguardar os juízes de um conflito com outros poderes¹³. O Supremo adotou, em períodos de governo autoritário, posturas supostamente neutras, quando não de apoio ao regime, indo de encontro aos seus principais objetivos que são a guarda da constituição e a prevalência dos direitos fundamentais.

O texto da Carta de 1946 não apresentou grandes inovações mas, sob sua égide, foi renovada a independência do Supremo como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, restabelecendo-se a garantia de vitaliciedade de seus

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 31/33.

¹² DEZORZI, Diego. 200 Anos do Judiciário Independente no Brasil: a (in)adequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: Bauab, José D'Amico et al. **Trabalhos vencedores do I Concurso Nacional de Monografias do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 320.

¹³ RODRIGUES, Lêda Boechat. **Direito e Política: Os Direitos Humanos no Brasil e nos Estados Unidos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 198.

membros, que apesar de prevista no regime de 1937, era meramente formal. A Constituição de 1946 fixou novamente em 11 o número de componentes do Supremo, havendo a possibilidade de sua elevação por meio de lei. O sistema de composição não se alterou, cabendo ao Presidente da República a nomeação dos ministros após a aprovação do Senado. O notável saber jurídico e a reputação ilibada continuaram a ser os requisitos capacitários para a nomeação, sem limite de idade máxima. Tal fato poderia gerar algumas distorções, contribuindo para que se nomeassem ministros próximos da aposentadoria, e, atos de clara motivação político-partidária¹⁴.

Por essa mesma Carta foi criado o Tribunal Federal de Recursos, com vistas a desafogar o enorme número de feitos em processamento no Supremo, tendo a competência de julgar em grau de apelação as causas em que a União fosse parte. Em matéria de jurisdição constitucional não introduziu mudanças significativas no controle incidental de normas. Por não prever a eficácia *erga omnes*, manteve-se o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado em caso de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64). Quanto à representação para a decretação de intervenção federal, quando violados princípios sensíveis da Constituição (art. 7º, VII), continuou a cargo do Procurador-Geral da República.

A redemocratização do país, se é que podemos chamar assim, não trouxe grandes mudanças na postura do Supremo, que continuou a prática de não decidir em questões políticas, como no caso citado por Leda Boechat Rodrigues, de *habeas corpus* impetrado em favor do Presidente da República Café Filho em 1955, onde se adiou a decisão até que fosse suspenso o estado de sítio¹⁵, ou decidir a favor do Governo, como no julgamento do recurso extraordinário 12.369, que em 1948, alegando serem irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral nos casos em que não houvesse determinação legal expressa, confirmou a cassação do registro do Partido Comunista do Brasil¹⁶. Também quanto a certos direitos

¹⁴ DEZORZI, Diego. 200 Anos do Judiciário Independente no Brasil: a (in)adequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: Bauab, José D'Amico et al. **Trabalhos vencedores do I Concurso Nacional de Monografias do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 321.

¹⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. **Direito e Política: Os Direitos Humanos no Brasil e nos Estados Unidos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 197/198.

¹⁶ DEZORZI, Diego. 200 Anos do Judiciário Independente no Brasil: a (in)adequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: Bauab, José D'Amico et al. **Trabalhos**

fundamentais a um Estado Democrático de Direito, foi omissa ao não reconhecer direito de greve em razão da inefetividade das normas constitucionais programáticas¹⁷. Não é de se estranhar que assim o fosse, pois a grande maioria dos ministros foram nomeados pelo próprio Getúlio Vargas, que voltou a presidir o país de 1950 até 1954.

Tudo isso demonstra que o Supremo se alinhava com o pensamento das elites brasileiras, decidindo ou deixando de decidir para favorecê-las, por conivência ou receio, reforçando-as em detrimento das reivindicações populares.

Com o golpe de 1964, a situação iria piorar. Nesse período muitas medidas vieram para ferir a independência do Judiciário e do Legislativo em face do Poder Executivo. A Constituição de 1946 continuou em vigor, mas apenas formalmente, até 1967. Antes disso, porém, foi editado o Ato Institucional nº 1, que suspendeu a garantia de vitaliciedade, permitindo a demissão ou aposentadoria de magistrados. Nesse momento o Supremo continuava a exercer suas atribuições nos estritos limites impostos pelo governo golpista. Em 23 de novembro de 1964, concedeu *habeas corpus* ao governador de Goiás, que manifestara conduta incompatível com os “postulados da revolução”, no entanto, três dias após, decretou-se a intervenção federal naquele Estado, com a destituição de seu governador¹⁸. A 27 de outubro de 1965, com a edição do Ato Institucional nº 2, foram alterados dispositivos da Carta de 46 que, entre outras medidas autoritárias, elevava o número de ministros para 16. Todos os cinco novos ministros que foram nomeados tinham militância partidária na UDN. Além disso, suspendia outras garantias constitucionais, dando ao Presidente da República poder indiscriminado para cassar direitos políticos e decretar estado de sítio.

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 16, de 06/12/1965 atribuiu ao Supremo o controle abstrato de normas, dando-lhe competência para processar e julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou norma federal ou estadual. A legitimidade para propor a representação era exclusiva do Procurador-Geral da República, o que novamente reforçava a

vencedores do I Concurso Nacional de Monografias do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 321.

¹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** BeloHorizonte: Del Rey, 2004, p. 288.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

supremacia do poder executivo, pois o procurador era nomeado pelo próprio Presidente da República e praticamente agia em conformidade com suas pretensões.

A Constituição de 1967 era mais uma formalidade, para dar a aparência de um Estado Democrático, visto que o regime governava, na realidade, por meio de edições de atos institucionais, esses sim sempre cumpridos à risca. Mesmo assim, o texto original não perdurou, sendo alterados inúmeros de seus dispositivos pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, o que não alterou em nada a forma com que os militares governavam o país.

Em 10 de dezembro de 1968, o Supremo ordenou a liberdade de dezenas de estudantes ligados à União Nacional dos Estudantes, que se opunham às arbitrariedades do governo. Nesse período várias decisões do Supremo ignoraram a vedação que lhe fora imposta para que não apreciasse crimes praticados contra a segurança nacional.

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 fez com que o Supremo mudasse sua postura. Entre outras medidas de caráter autoritário, suspendeu, mais uma vez, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade dos juízes. Com base neste ato foram aposentados compulsoriamente os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Em solidariedade, inconformados com a medida, o ministro Lafayette de Andrade se aposentou e o presidente do Supremo, ministro Gonçalves de Oliveira, renunciou ao cargo. Logo em seguida, com a edição do Ato Institucional nº 6, a composição do Supremo foi reduzida novamente para 11, mantendo-se assim os ministros que lá permaneceram e aceitaram a interferência indevida do poder executivo.

Composto por membros nomeados pelo próprio regime, além dos que lá estavam e aceitavam a interferência do Poder Executivo, o Supremo novamente deixou seu caráter político de lado, não se envolvendo em litígios que o regime considerava de segurança nacional.

Somente com a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, foram revogados todos os atos institucionais e complementares que regiam o país até então, inclusive o AI-5. Os efeitos desses atos, no entanto, ficaram imunes à apreciação do poder judiciário, em virtude do artigo 181 da Constituição em vigor.

5- A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O “NOVO” SUPREMO:

Em meio a um lento, gradual e seguro processo de reabertura política, iniciado ainda nos anos 70, em 1985, após o fim do regime militar com a eleição indireta de um civil para a Presidência da República, foi convocada uma Assembléia Nacional Constituinte, que foi instalada em 1987, sob a direção do então presidente do Supremo, ministro Moreira Alves. Discussões importantes ocorreram antes mesmo de sua instalação, várias instituições civis contestaram a forma pela qual foi convocada a constituinte, bem como a nomeação de notáveis para elaborar projeto de constituição antes mesmo da eleição dos delegados constituintes que iriam votar o texto constitucional.

A Ordem dos Advogados do Brasil, entre outras instituições, era a favor de uma Assembléia Constituinte livre, soberana e autônoma, inadmitindo a transformação do Congresso Nacional em constituinte, ou a constituinte em Congresso Nacional, e rejeitava qualquer anteprojeto, elaborado por uma comissão nomeada pelos poderes da República de então, para servir de documento-base à futura Constituição. Não obstante, o Congresso Nacional aprovou a forma de convocação propugnada pelo Poder Executivo, atribuindo a si próprio os poderes constituintes originários, para discutir e votar a constituição, no curso da próxima legislatura. Quanto ao anteprojeto, este não foi apresentado à Assembleia ou Congresso Constituinte.

Apesar disso, havia um espírito de ruptura com o regime autoritário e preocupação em reforçar as Liberdades Públicas, pondo freio ao domínio indiscriminado do Poder Executivo. Para isso surgiram muitas propostas de instalação de um regime parlamentar e, ao mesmo tempo de mudanças na configuração do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido foram apresentadas propostas para alterar o modo de seleção dos ministros do Supremo, com uma participação mais ampla dos demais poderes no processo, com a finalidade de assegurar maior autonomia em relação ao executivo. Tais proposições, como se viu, foram afastadas, com a manutenção da tradicional nomeação a cargo do Presidente da República, com a aprovação do Senado, como vem acontecendo desde a primeira constituição da República.

O estabelecimento de mandatos para os ministros do Supremo também foi debatido, mas novamente foi mantida a velha fórmula, ao argumento de que a vitaliciedade é uma garantia da liberdade no exercício da magistratura.

Propostas de criação de um tribunal constitucional, cuja função principal seria a guarda permanente da Constituição, causaram polêmicas, mas novamente, alegando-se a respeitabilidade e honorabilidade que o Supremo sempre deteve, os constituintes decidiram mantê-lo com praticamente as mesmas funções que detinha antes, com a exceção da guarda das leis federais, que agora caberia ao novo tribunal criado, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de contrariar a vontade dos membros do Supremo, que queriam que tudo fosse deixado como estava¹⁹.

A Constituição de 1988 então manteve a composição do Supremo com 11 membros. A previsão constitucional deste número reforça a independência da Corte, pois sua composição só pode ser alterada por emenda constitucional, dificultando as tentativas dos outros poderes de, por razões menores, desrespeitarem sua autonomia. O Supremo é dividido em duas Turmas de cinco membros, que se encontram no mesmo plano hierárquico.

No mesmo sentido, foram mantidas a vitaliciedade de seus membros e sua forma de investidura, que continuou a ser de livre nomeação pelo Presidente da República, entre cidadãos de ilibada reputação e notável saber jurídico, que deverão ser aprovados pela maioria absoluta dos membros do Senado, o que continua a ser uma mera formalidade. O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos, entre seus pares, para um mandato de dois anos, configurando outra garantia de independência do Poder Judiciário. Tradicionalmente são eleitos os ministros mais antigos que ainda não assumiram os cargos.

Como garantias de sua independência, foram mantidas a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio de seus membros, que são as mesmas de todo o Poder Judiciário. Dessa forma os juízes só poderão perder seus cargos mediante decisão judicial transitada em julgado. Já os ministros do STF, nos crimes de responsabilidade, serão julgados pelo Senado Federal (essa regra também já era prevista nas constituições anteriores), tendo sido adotado o modelo americano.

¹⁹ Em seu livro, *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*; o então ministro do Supremo, Oscar Dias Corrêa, faz a defesa da manutenção da Corte como estava, comparando sua atividade com os modelos alienígenas e concluindo pela superioridade do modelo brasileiro.

A função precípua do Supremo é o controle de constitucionalidade das leis, que é exercida tanto na forma abstrata como na concentrada. Para isso cabe ao Supremo julgar e processar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, interventiva ou por omissão; a ação declaratória de constitucionalidade; a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a reclamação para a preservação de sua competência e garantia de sua autoridade, além do *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo. Compete ainda julgar o recurso ordinário em *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão e o crime político; e o recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição ou declarar inconstitucional tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato normativo de governo local contestado em face da Constituição. Dessa forma foi mantido o sistema misto de controle da constitucionalidade.

Não obstante, ao Supremo cabem diversas outras competências que não estão englobadas no controle de constitucionalidade propriamente dito, mas que tem a ver com o caráter político de sua atuação, como processar e julgar as mais altas autoridades do país e resolver conflitos de forma a preservar a unidade federal.

A Emenda Constitucional nº 3/93 inovou ao introduzir no ordenamento jurídico nacional a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, que poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. Apesar de serem as leis e atos normativos presumidamente constitucionais, essa presunção relativa pode ser afastada, principalmente pelo controle difuso de constitucionalidade. Nas palavras de José Afonso da Silva “ela se caracteriza como um meio de paralisação de debates em torno de questões jurídicas de interesse coletivo, precisamente porque seu exercício pressupõe a existência de decisões generalizadas em processos concretos reconhecendo a inconstitucionalidade de lei em situação oposta a interesses governamentais.”²⁰

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 60.

A inconstitucionalidade de tal previsão constitucional foi muito debatida, pois alegava-se que ela violava os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Note-se que tal ação só pode ser proposta por autoridades federais, no interesse do governo, para que cessem os debates sobre a constitucionalidade da lei pelo controle difuso, pois a decisão do Supremo vincula as instâncias inferiores, tendo essas que obrigatoriamente julgar o caso concreto em conformidade com aquela decisão. No entanto, o plenário declarou a sua constitucionalidade, bem como a sua imediata aplicabilidade, sem a necessidade de lei regulamentar.

Outra inovação foi a ampliação da legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, que diferentemente das constituições anteriores, que concentrava a propositura da ação nas mãos do Procurador-Geral da República, a Constituição de 1988 deu permissão para ajuizá-la ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governador de Estado ou do Distrito Federal, ao procurador-geral da República, ao Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, ao partido político com representação no Congresso Nacional e à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. O STF limitou esse rol de legitimados ao exigir prova da pertinência temática para a propositura da ação por parte da Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador de Estado ou do Distrito Federal ou das confederações sindicais ou entidade de âmbito nacional.

Como se vê, a República começou com um regime oligárquico, comandado de início pelas Forças Armadas e, mais tarde, pelos próprios oligarcas. Depois passou a ser dominada por um governo de inspiração fascista, que concentrava todo o poder nas mãos de um Presidente da República que, com mudanças nas leis e nas próprias regras constitucionais, buscava se perpetuar no poder.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial e a vitória das democracias liberais, não restou às elites brasileiras outra opção a não ser uma mudança para um regime mais aberto, mas que as mantivessem no controle total do poder. O período de feições democráticas que durou de 1946 até o golpe de 1964 vivia numa corda bamba, se segurando na medida em que nada mudasse. Qualquer movimento em sentido contrário fazia com que surgissem ameaças de golpes. E ele não tardou a se

concretizar, em 1964 o golpe militar veio para abrir uma nova era de regimes autoritários na América Latina. Sob o pretexto da ameaça comunista, que havia alcançado o poder em Cuba, vários países latino americanos foram atingidos por golpes militares. As Forças Armadas permaneceram no poder fazendo uma transição lenta e segura para um regime democrático que poderia ser controlado. Apesar de iniciado nos anos 1970, a transição para um regime democrático só se consolidou no final dos 1980, com a promulgação da nova Constituição e com eleições diretas para Presidente da República.

Esse período de transição transcorreu com muitos percalços, como a derrota da previsão de eleições diretas no Congresso em 1984, com a eleição indireta de Tancredo Neves para Presidente, mas a posse de José Sarney, líder do governo no Congresso no período militar, com o Plano Cruzado que fez os partidos governistas alcançarem uma esmagadora maioria no Congresso Constituinte, para uma semana depois da eleição ser totalmente desvirtuado, com a eleição em 1989 de um Presidente que também saiu das fileiras do partido governista do regime autoritário e que acabou sendo destituído do cargo por malversação do dinheiro público.

A partir de meados dos anos 1990 o regime se estabilizou, entrando na era da globalização. Finalmente um plano econômico ajudou o país a sair de um longo período de hiperinflação o que auxiliou na manutenção do regime democrático que não tem enfrentado os mesmos sustos do período pré-golpe militar.

O Supremo, por todo esse período se manteve intacto, servindo à oligarquia, aos fascistas, ao regime democrático de fachada, aos militares, quanto aos governos eleitos por voto popular. Ao contrário da Corte Suprema Americana, que no período do justice chief Earl Warren foi importantíssima para o reconhecimento dos direitos civis nos Estados Unidos, o Supremo brasileiro nunca tomou uma posição política de relevo, que pudesse elevar o reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos. Raras vezes fugiu da norma de sair do estrito cumprimento da lei, sem atentar para os princípios que deveriam reger todo Estado Democrático de Direito.

O paradoxo é que o Supremo é considerado como uma Corte Política e efetivamente o é, pois seus membros são escolhidos pela Presidente da República com quase nenhuma restrição de ordem constitucional ou legal. Porém o que vemos é sempre um Tribunal apático em relação às suas responsabilidades políticas,

agindo invariavelmente de acordo com o governo de plantão. Podemos afirmar que, o nível de corrupção política que este país sempre viveu e continua vivendo foi reforçado muitas vezes pela atuação do Supremo, principalmente por sua omissão, buscando sempre desculpas para não julgar uma questão política ou usando de artifícios processuais para não condenar autoridades.

É por isso que propostas que visem a dar uma nova cara ao Supremo Tribunal Federal podem ser bem vindas, desde que reforcem sua legitimidade para que ele não seja um poder subalterno, atrelado a interesses dos governos de plantão.

6- PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO NO SISTEMA DE COMPOSIÇÃO DO STF E NOMEAÇÃO DE SEUS MINISTROS

No próprio processo constituinte de 1988, como dito anteriormente, foram debatidas diversas sugestões para o processo de nomeação de ministros do Supremo. Uma das propostas, defendida pelo então deputado Nelson Jobim, que depois se tornaria ministro do próprio Supremo, requeria uma participação mais ampla dos demais poderes no processo de seleção de seus integrantes. Os deputados constituintes Jarbas Passarinho e Maurício Correa criticaram a proposta, o primeiro ao argumento de que ela tinha nítido caráter parlamentarista e o segundo, que também veio a se tornar ministro do STF, dizia que a Corte sempre fora honrada pelos juízes que a compuseram ao longo do tempo, motivo porque se deveria manter a tradição. E a tradição foi mantida, sem que houvesse argumentos técnicos que repelissem a proposta. O primeiro argumento de rejeição na verdade esconde o desejo de concentrar a maior fatia de poder possível nas mãos do Presidente da República, o segundo teria que mostrar a relação de causa e efeito entre a “honradez” do Supremo e o modo como os ministros são escolhidos.

Outra proposta rejeitada, formulada pelo constituinte Plínio de Arruda Sampaio, consistia na fixação de um mandato de 12 anos para ministros do Supremo, alegava que haveria maior renovação da Corte. A proposta foi criticada ao argumento de que o estabelecimento de mandatos feria uma das garantias da magistratura, que é a vitaliciedade. Nesse caso, a previsão pura e simples da eliminação da vitaliciedade dos ministros poderia não trazer as vantagens alegadas. Um estudo apresentado pelo então ministro do STF, Oscar Dias Corrêa mostrava que a permanência média dos ministros no cargo era de 08 anos e um mês.²¹ Mesmo assim para se eliminar a previsão de vitaliciedade dos ministros, seriam necessárias também mudanças nos requisitos capacitários dos nomeados e na competência do Tribunal.

Nota-se que o Congresso Constituinte, por meio de suas forças conservadoras, que eram maioria, pretendia evitar inovações que pudessem acarretar alguma forma de mudança no equilíbrio dos poderes e, por isso

²¹ CORRÊA, Oscar Dias. O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp.70/71.

repudiaram qualquer tentativa de criação de um Tribunal Constitucional, principalmente se houvesse participação popular na escolha de seus membros, usando o pretexto da respeitabilidade que o Supremo sempre tivera²².

Depois de encerrada a constituinte, qualquer proposta visando alteração no processo de nomeação de seus ministros, na composição ou na competência do Supremo tem que ser feita a partir de Emenda Constitucional. Alguns parlamentares apresentaram propostas de alteração do texto constitucional conforme consulta realizada no site do Senado e da Câmara dos Deputados.

A proposta nº 473, de 2001 do deputado Antonio Carlos Pannunzio e outros consiste na previsão de que os ministros fossem escolhidos, alternativamente, pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, nesse caso pela maioria absoluta de seus membros. Tal proposta tem como finalidade retirar da exclusiva esfera do Poder Executivo a iniciativa de escolha dos membros da Corte. Não resolveria a falta de legitimidade dos membros da Corte nem lhe daria maior credibilidade.

A proposta nº 566 de 2002, do deputado Alceu Collares, pretende que os ministros do Supremo sejam escolhidos e nomeados pela composição plena da Corte, depois de aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal. O Tribunal se comporia por um terço de desembargadores dos Tribunais Regionais Federais, um terço de desembargadores dos Tribunais de Justiça e um terço entre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual e dos Territórios. Os desembargadores seriam indicados em lista tríplece pelo próprio tribunal e o outro terço seria indicado conforme previsão do art. 94 da Constituição. A justificativa aponta que o seu principal objetivo é retirar do Poder Executivo a prerrogativa da escolha dos ministros. Critica especialmente a possível nomeação de um cidadão que trabalhava no governo, próximo ao Presidente e que terá que exercer a imparcialidade e isenção no julgamento de normas que foram defendidas por ele anteriormente.

Já a proposta 569, também de 2002, do deputado Evilásio e outros, prevê a realização de concurso público de provas e títulos para o preenchimento das vagas abertas no Supremo. A preocupação dos proponentes também é retirar do

²² DEZORZI, Diego. 200 Anos do Judiciário Independente no Brasil: a (in)adequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: Bauab, José D'Amico et al. **Trabalhos vencedores do I Concurso Nacional de Monografias do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 326.

Presidente da República a escolha dos ministros, pois com a possibilidade de reeleição, o Chefe do Poder Executivo tem a oportunidade de escolher um grande número de ministros e exercer uma influência indevida sobre a Corte Suprema. É de se ressaltar que só poderão participar do certame magistrados com mais de 15 anos de carreira. É a proposta que dá mais valor à capacidade técnica do nomeado, porém, como vimos acima seria inédita uma investidura por concurso público no órgão de cúpula do Poder Judiciário. Não foi à toa que foi devolvido ao autor por não conter o número mínimo de assinaturas.

A proposta nº 20, de 2003, do deputado Maurício Rands determina que, não só os ministros do STF, mas todos os ministros e desembargadores dos Tribunais Superiores e de segunda instância tenham mandato de oito anos, vedada a recondução, sendo vitalício somente no primeiro grau. Justifica que a instituição de mandatos, não apenas para o STF, mas para os tribunais em geral, permitiria a renovação mais rápida de suas composições e enfrentaria o excessivo poder das cúpulas dos tribunais. No entanto, não sugere como seria feita a escolha dos Ministros e Desembargadores nem o que aconteceria ao término de seus mandatos.

A proposta nº 111, de 2003, do deputado Paulo Baltazar e outros pretende instalar o sistema português no Brasil. Justifica-se a proposta por se observar no Brasil como em Portugal um sistema misto de controle de constitucionalidade, o que facilitaria a sua adaptação, não havendo necessidade de mudanças no modo como se exerce tal controle no Brasil. O Tribunal seria um órgão à parte, e o STJ assumiria a chefia do Poder Judiciário. O processo de nomeação seria idêntico ao português, porém ficaria mantido o número de 11 ministros, sendo oito escolhidos pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta, e três escolhidos pelos Ministros do próprio Tribunal. Cinco seriam escolhidos entre magistrados e o restante entre juristas com mandatos de nove anos. No entanto, a proposta mantém quase que a mesma competência ao STF, o que não resolveria o problema do excesso de processos para uma Corte Constitucional.

A proposta de emenda nº 484, de 2005, do João Campos também pretende retirar do Presidente da República a escolha dos ministros. Por esta proposta, a escolha caberia ao Congresso Nacional, em votação por maioria absoluta. Ainda demonstra preocupação para que não possam ser escolhidos quem tenha exercido mandato eletivo, cargo de Ministro de Estado ou de Presidente de Partido Político até quatro anos antes de sua seleção e, após o afastamento dos

ministros de suas funções judiciais, ficariam inelegíveis por um período de quatro anos. Segundo o autor da proposta ela visa a atender ao postulado da soberania popular, dando aos seus representantes a missão da escolha dos ministros.

A proposta nº 342, de 2009, do deputado Flávio Dino, sugere que os ministros sejam escolhidos de forma híbrida: cinco pelo Presidente da República, devendo a escolha ser aprovada por três quintos dos membros do Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Senado Federal e dois pelo próprio Supremo Tribunal Federal, todos os escolhidos devem obter pelo menos três quintos dos votos do respectivos membros do órgão eletivo. Os candidatos serão escolhidos por meio de listas tríplexes apresentadas pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelos órgãos colegiados das faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado em funcionamento há pelo menos dez anos. Tal proposta prevê que os ministros terão mandatos de 11 anos, sendo vedada a recondução, e sua aposentadoria ocorrerá nos termos do artigo 40, que disciplina a aposentadoria dos servidores públicos civis. Também veda o exercício de cargos em comissão ou de mandatos eletivos até três anos após o término do mandato.

A proposta nº 441, de 2009, do deputado Camilo Cola e outros determina que, ocorrendo vaga no Supremo Tribunal Federal, ela será ocupada pelo decano do Superior Tribunal de Justiça. Pretende com isso que o STF seja integrado, invariavelmente, por magistrados de carreira, pois como não há definição legal para o que seja “notável saber jurídico e reputação ilibada”, essa restrição à escolha seria a melhor solução.

Algumas outras propostas também estão em tramitação, na maioria das vezes a sua finalidade é mesmo retirar do Presidente da República a prerrogativa de escolher livremente os ministros, seja imputando a escolha ao Congresso, seja restringindo, por meio de requisitos capacitários, os possíveis candidatos. No entanto tais propostas não parecem seguir adiante, o que confirma a falta de vontade política da maioria dos congressistas em discutir alterações no processo de nomeação dos ministros e na composição do Supremo.

A doutrina também tem se manifestado no sentido de que mudanças devem ocorrer no processo de nomeação dos ministros, tendo em vista a

preservação de sua legitimidade e de sua imparcialidade no decorrer do exercício de suas funções.

Dalmo de Abreu Dallari propõe que, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos, o Presidente da República recebesse sugestões de entidades representativas de advogados, juízes e do Ministério Público. Entre os três que obtivessem maior número de indicações, o Presidente escolheria um que seria submetido à aprovação do Senado. Esse procedimento, na opinião do autor, daria publicidade ao processo de escolha, evitando a premiação de “amigos do rei”, assegurando a legitimidade do escolhido.²³

Para Fábio Konder Comparato, o Supremo deveria ser composto por 15 ministros, um terço dos quais por indicação do próprio Tribunal, o outro terço indicado pelo Ministério Público Federal e o último terço de indicação da Ordem dos Advogados do Brasil. As indicações seriam feitas em lista tríplice, e a escolha dos ministros competiria ao Senado Federal, em votação com o quorum qualificado de dois terços dos senadores.²⁴

Alexandre de Moraes sugere que os membros do STF deveriam ser escolhidos, de maneira proporcional, pelos representantes dos Poderes executivo, Legislativo e Judiciário. Caberia ao Presidente da República, livremente, a escolha de quatro ministros, outros quatro seriam eleitos pelo Congresso Nacional, sendo dois por maioria absoluta da Câmara e dois por maioria absoluta do Senado Federal. Os outros três membros seriam escolhidos pelo próprio Supremo entre os membros de carreira da magistratura e do Ministério Público Federal. Propõe também que seja ouvido o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sem efeito vinculativo, nas escolhas realizadas pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, inspirando-se também no modelo americano. Como requisito para a escolha destes membros seria necessário que tivessem, no mínimo, 10 anos de efetivo exercício de atividade própria de bacharel em Direito ou a qualificação de jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito, devidamente reconhecido. Sugere ainda o fim da vitaliciedade, propondo um mandato de 10 anos, vedada a recondução ou mesmo um novo mandato.²⁵

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 115.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Regime Democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, nº 51, p. 151, 2004.

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 293/299.

7- CONCLUSÃO

Apesar de todas as constituições da República manterem sempre o mesmo processo de nomeação dos ministros, com os mesmos requisitos e o mesmo número de membros do Supremo Tribunal Federal, como vimos essa questão é muito controversa. Dentre os tribunais constitucionais analisados não há a repetição de modelo de um para o outro. Cada constituição determinou uma forma diferente de escolher seus membros. Mesmo internamente é grande a insatisfação com o sistema adotado, pois não traz a necessária legitimidade ao Supremo, gerando inúmeras desconfianças sobre a capacidade dos ministros manterem a imparcialidade diante da nomeação exclusiva pelo Presidente da República.

Realmente não nos parece haver um modelo que alcance a perfeição, porém é necessário que o processo de escolha dos ministros seja feito de uma maneira mais parcimoniosa do que tem sido feita. O Presidente da República simplesmente escolhe a seu talante alguém que tenha bacharelado em Direito e este nome é apenas homologado pelo Senado Federal sem uma participação realmente efetiva. Essa forma de escolha ficou ainda pior com o advento da possibilidade de reeleição presidencial. Com um mandato de oito anos, o Presidente pode chegar a nomear a maioria dos ministros, exercendo sobre estes enorme influência, afetando a imparcialidade necessária às decisões da Corte.

A meu ver apesar de sua importância política, o Supremo é um tribunal essencialmente jurídico. A suposta necessidade de “sensibilidade política” me parece, além da dificuldade de ser aferida, uma desculpa para abrigar pessoas de pouco conhecimento técnico-jurídico. Com as competências que o Supremo possui, de reformar as decisões dos demais tribunais, sendo praticamente uma última instância judiciária, não há razão para que a escolha dos ministros não recaia sobre desembargadores. Somente se fossem alteradas as competências do Supremo, tornando-o um Tribunal que somente analisasse a inconstitucionalidade das normas, não decidindo o caso concreto é que poderíamos falar de escolha de membros de fora da magistratura. Não é legítimo que decisões tomadas por desembargadores

com anos de experiência e aprovados em concorridos concursos públicos sejam alteradas por um ministro sem experiência na magistratura, cuja legitimidade para julgar se baseia na sua escolha pelo Presidente da República. Mesmo a advogados ilustres e membros do Ministério Público não me parece que cabe este mister, pois qual seria a melhor qualificação do que a experiência de anos na carreira? Veja que isso não garante uma decisão melhor, mas a torna mais legítima.

Se a constituição for alterada, para que o Tribunal se manifeste somente sobre a questão constitucional, devolvendo a decisão final no caso concreto ao tribunal competente, aí sim teríamos uma Corte com finalidade mais política do que exclusivamente jurídica, cabendo a escolha de membros não oriundos da magistratura. Porém o requisito para a investidura permaneceria sendo o conhecimento jurídico, cabendo, de preferência ao Congresso Nacional, e não ao Presidente, a seleção política de um ministro.

Não me parece correto a participação de entidades de magistrados nem de advogados no processo de seleção os ministros, pelo menos de forma vinculante, podendo sugerir nomes, mas nunca limitar a escolha por meio de listas. Temos que ter em mente que um ministro exerce sua função não para juristas, mas para todo o povo, sendo ilegítima a participação dessas entidades no processo de escolha, ganhando um peso eleitoral que não lhe compete. Da mesma forma não é melhor a escolha de ministros por seus pares, pois tornar-los-iam donos do Supremo e não mais seus membros.

Portanto, havendo a necessidade de escolha de um ministro, a legitimidade para selecioná-los é sem dúvida dos representantes do povo, já que, por razões óbvias, se descarta a eleição direta de ministros.

A instituição de mandatos reforçaria a necessidade de os membros do Supremo serem oriundos da magistratura. Eles manteriam a vitaliciedade em sua carreira de magistrado, voltando a seu cargo anterior ao término de seu mandato. A previsão de mandatos não é a melhor solução se forem escolhidos membros de fora da magistratura, pois isso compromete a sua imparcialidade. Um advogado contratado por uma grande empresa pode, depois retornar à mesma. Qual seria a sua imparcialidade na votação de casos que influíssem diretamente nos negócios da empresa?

A vitaliciedade não é só um privilégio dos membros da Corte, mas deveria trazer consigo ônus maiores para o efetivo alcance de sua finalidade de garantir

imparcialidade e independência dos ministros. Se o cargo é vitalício, quer dizer que ele perdura pela vida, o que significa que as proibições e impedimentos impostos durante o exercício do cargo seriam mantidos após a aposentadoria, não podendo os antigos ministros atuarem em outras atividades senão a de magistério, não podendo também competirem a cargos eletivos. Essa imposição poderia ser mitigada, dando a possibilidade, depois de quatro anos, de o ex-ministro renunciar à sua aposentadoria para exercer outra atividade profissional ou um cargo eletivo.

Apesar de tudo, o maior problema em relação à legitimidade e imparcialidade da Corte Suprema no Brasil é a forma como seus membros são escolhidos, a par disso as garantias existentes são as maiores para que os ministros atuem com independência, portanto é, nesse sentido, o ponto a ser alterado. Não obstante sabemos como isso é difícil, pois há a necessidade de uma emenda constitucional. Por serem as eleições legislativas realizadas juntamente com as do Presidente da República, este normalmente terá uma boa base de apoio para impedir tais reformas.

BIBLIOGRAFIA:

BARROSO. Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 8ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1984

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Regime Democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, nº 51,

CORRÊA, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA, Maria Isabel da Pereira da. **Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEZORZI, Diego. 200 Anos do Judiciário Independente no Brasil: a (in)adequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: Bauab, José D'Amico et al. **Trabalhos vencedores do I Concurso Nacional de Monografias do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008.

HECK, Luis Afonso (Org.). **Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HORBACH, Carlos Bastide. Processo Constitucional e Democracia: Exemplos Ibero-Americanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 14, nº 57, p. 82-99, outubro/dezembro, 2007

LOSEKANN, Luciano André. A Reforma do Poder Judiciário: A Composição do Supremo Tribunal Federal e a Forma de Nomeação de seus Ministros. Revista da AJURIS- Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Ano XXX, nº 90, p. 199-213, Junho de 2003.

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

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **Direito e Política**: Os Direitos Humanos no Brasil e nos Estados Unidos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TAVARES, André Ramos et al. (coordenador). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.