



PROCEDIMENTO DE ESCOLHA E NOMEAÇÃO DOS TITULARES DE CORTES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO

Newton Tavares Filho

Consultor Legislativo da Área I
Direito Constitucional, Eleitoral, Municipal, Administrativo,
Processo Legislativo e Poder Judiciário

ESTUDO

JUNHO/2002



Câmara dos Deputados
Praça dos 3 Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF

© 2002 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados o(s) autor(es) e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

PROCEDIMENTO DE ESCOLHA E NOMEAÇÃO DOS TITULARES DE CORTES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO

Newton Tavares Filho

A sujeição do poder estatal aos limites estabelecidos em uma norma fundamental escrita, fruto do movimento constitucionalista que vicejou a partir do século XVIII, e o conseqüente surgimento da noção de Constituição rígida como norma suprema do ordenamento jurídico do Estado trouxeram para o Direito Constitucional moderno a figura do controle de constitucionalidade.

“A rigidez constitucional”, como bem observa José Afonso da Silva, “decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial conseqüência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político’. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.¹

O controle de constitucionalidade vem a ser o mecanismo por meio do qual se garante essa prevalência da Constituição rígida sobre todo o ordenamento jurídico nacional. Por ele se verifica a conformidade de uma lei ou ato normativo ante a Constituição, tanto em seus aspectos formais – ligados, por exemplo, às normas constitucionais que regem o processo legislativo no Congresso Nacional – quanto materiais – o que diz respeito ao significado e conteúdo dos princípios albergados pela Constituição.

No campo do Direito Comparado, Ronaldo Poletti aponta que, “dentre os países de democracia clássica é possível distinguir três grupos [ou sistemas de controle de constitucionalidade]: os da tradição da Revolução francesa, os do modelo americano do norte, os de jurisdição concentrada (as Cortes Constitucionais)”.²

No *modelo que segue a tradição da Revolução Francesa*, a ênfase é colocada na separação rígida dos Poderes e “o controle do ato legislativo não pode caber senão ao próprio Legislativo”, pois, se “o Parlamento representa a coletividade nacional, como poderá outro Poder, diferente do legislativo, deixar de aplicar a lei e até anulá-la por inconstitucional? O controle, portanto, deve ficar com o próprio legislativo”. Exemplo de país que segue este sistema é a França, cujo Conselho Constitucional, criado pela Carta de 1958, exerce controle apenas preventivo – isto é, antes de entrar em vigor o diploma normativo.

O *modelo americano*, por sua vez, entrega o exercício do controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, e cabe a todo e qualquer juiz declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Tal sistema, denominado *difuso*, implica, segundo Poletti, “um controle recessivo e exercitável, sem limite de tempo. Toda vez que anorma em questão deva ser aplicada por magistrado, o controle é por ele exercido. Determinável por via incidental, i. e., através de uma exceção de inconstitucionalidade oposta como preliminar na resposta do réu, ela tem uma eficácia limitada, pois produz efeitos tão-somente ao caso decidido”.

Seu fundamento está na compreensão de que, sendo a Constituição a lei suprema, é portanto insucetível de modificação pelas legislaturas ordinárias. Disso decorre que um ato legislativo contrário à Constituição será nulo, não vinculando tribunais e não produzindo portanto efeitos. Ora, se cabe ao Poder Judiciário declarar o direito – e nisso consiste a função estatal da jurisdição –, caberá então a este decidir pela aplicação da norma válida (a Constituição, porque superior e fundamento de validade da lei) contra a inválida (a lei inconstitucional).³

Na Europa, por sua vez, predominou o sistema denominado *concentrado*. Sua construção ganhou força a partir da I Grande Guerra, quando uma série de Constituições consagraram “um terceiro caminho, i. e., não atribuindo nem ao próprio Legislativo, nem ao Judiciário, o poder de decidir da constitucionalidade das leis”, mas outorgando-o a um “órgão especial, de caráter constitucional e de natureza jurídico-política”: as chamadas Cortes Constitucionais. Tais órgãos se disseminaram naquele continente, sendo criados na Áustria e na Tchecoslováquia (1920), na Espanha (1931), Itália (1947), Alemanha Federal (1949), Chipre (1960) e Turquia (1961).

Sua criação representa a superação da idéia prevalente no Velho Mundo até o início do século XX, de absoluta supremacia do Parlamento – visto como expressão última da soberania popular, e portanto incontestável, o que conseqüentemente impedia o exercício do *judicial review* realizado pelo Poder Judiciário, como no modelo norte-americano – e o reconhecimento da necessidade de se criar um órgão que compatibilize a produção legislativa ordinária com a soberania popular e os direitos fundamentais expressos, ambos, na Constituição.

Esta tarefa, no modelo de jurisdição constitucional concentrada, via de regra é levada a cabo por um órgão constitucional independente, “fora do aparato jurisdicional ordinário e independente desse” – fora, portanto, da tradicional estrutura tripartite de Poderes –, ao qual a Constituição “atribui o monopólio do controle de constitucionalidade das leis”.⁴

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho será então expor os critérios de escolha e nomeação dos integrantes dos órgãos incumbidos do exercício do controle de constitucionalidade, baseado nas informações providas pela doutrina e na pesquisa de textos constitucionais estrangeiros.

Na França, aponta Alexandre de Moraes⁵, o *Conseil Constitutionnel*, órgão independente e autônomo em relação aos demais Poderes do Estado, compõe-se de “nove membros escolhidos pelo Executivo e pelo Parlamento, além de todos os antigos Presidentes da República, como membros natos”.

A vitaliciedade existe apenas para os membros natos – os ex-Presidentes da República – que ficam em seus cargos até a respectiva renúncia, morte ou aposentadoria.

Dos nove membros não vitalícios, “três são escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado” – segundo “escolha absolutamente pessoal e discricionária” dessas três autoridades políticas, sem qualquer requisito especial de capacidade –, para um mandato de nove anos, vedada a recondução.

O *Conseil Constitutionnel* renova-se por terços, a cada três anos, e seus membros não podem exercer as funções de ministro, membro do parlamento e outras estabelecidas em lei orgânica (art. 56 da Constituição francesa).

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

O número de juízes daquele tribunal alterou-se seis vezes até fixar-se, em 1869, nos atuais nove *Justices*, que permanecem no cargo enquanto bem servirem a nação (“*during good behavior*”) – o que na prática significa vitaliciedade.⁶ A legislação prevê aposentadoria integral para os juízes que tenham 65 anos de idade e 15 anos de serviço, ou 70 anos de idade e 10 anos de serviço.

Neste ponto convém atentar para as observações de Bernard Schwartz sobre o sistema de escolha dos *Justices* americanos:

*“No sistema judiciário federal, por outro lado, não se pode negar que as considerações políticas ainda desempenham um papel fundamental na escolha dos membros da magistratura. Assim, para tomar o mais alto tribunal da nação como exemplo, no início de 1953, após vinte anos de governo democrata, a Corte Suprema se compunha de oito democratas e um republicano. E, dos oito pertencentes ao partido no poder, cinco eram membros ativos do Governo na época de sua elevação à Corte Suprema. A tendência de nomear esses elementos ativos do Governo para altos cargos da magistratura – e há uma tendência semelhante nos tribunais federais inferiores – é uma prática que tem sido muito deplorada pelos juristas americanos”.*⁷

O Tribunal Constitucional austríaco, ou *Österreichische Verfassungsgerichtshof*, compõe-se de 14 membros, sendo dentre eles um Presidente, um Vice-Presidente, doze outros membros titulares e seis suplentes.

Segundo Alexandre de Moraes, o Presidente, o Vice-Presidente, seis membros efetivos e três suplentes do Tribunal são escolhidos pelo Governo Federal, dentre juízes, funcionários administrativos e professores de Direito. Os seis titulares e três suplentes restantes são nomeados pelo Parlamento, dos quais três titulares e dois suplentes pelo Conselho Nacional⁸, por maioria qualificada, e três titulares e um suplente pelo Conselho Federal⁹, por maioria absoluta (art. 157 da Constituição austríaca). Reservam-se três vagas de titular e duas de suplente para os que tenham sua residência fixa fora da capital, Viena.

Todos são nomeados pelo Presidente Federal e investidos no cargo em caráter vitalício.

Os membros do Tribunal devem ter formação em Direito e Ciência Política, além do exercício de atividades que requeiram tal qualificação por pelo menos dez anos. Não há requisito referente à idade, embora a aposentadoria seja compulsória aos 70 anos.

Não podem integrar o Tribunal Constitucional os membros do governo federal ou estadual, ou de qualquer Casa legislativa, bem como empregados de partidos políticos ou seus afiliados.

O Tribunal Constitucional alemão, órgão constitucional autônomo e independente, compõe-se de 16 membros, divididos em dois Senados. Em cada Senado, três juízes são escolhidos entre os juízes dos tribunais federais superiores que exerçam o cargo há mais de três anos, e os restantes são escolhidos livremente.

Nos termos do art. 94 da vigente Constituição alemã¹⁰, os membros do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional) serão eleitos metade pelo *Bundestag* (Câmara de Representantes) e metade pelo *Bundesrat* (Senado), por maioria de dois terços – o que obriga os partidos políticos “a um consenso, de forma que a escolha reflita a representatividade parlamentar”.

O *Bundestag* escolhe os membros do tribunal indiretamente, por intermédio de uma comissão escolhida por todos os parlamentares e composta por 12 deputados e “formada segundo as regras da eleição proporcional”. O *Bundesrat*, por sua vez, escolhe sua quota dos integrantes do tribunal diretamente, “devendo cada Estado dar seu voto de forma unitária, ou seja, participam da escolha todos os seus membros”.

Os juízes constitucionais devem estar no gozo dos direitos políticos necessários para elegerem-se ao Parlamento, além dos requisitos exigidos para acesso à magistratura. Estipula-se uma idade mínima de 40 anos para acesso ao tribunal.

Alexandre de Moraes cita as observações de Peter Häberle sobre o tribunal, para quem, não obstante a independência que os magistrados têm demonstrado ante seus partidos patrocinadores, há “forte ingrediente político na escolha dos juízes constitucionais”, sendo necessário “reformular o sistema de eleição: em conjunto deve ser fomentada uma representação pluralista e uma presença de todos os partidos representados no Parlamento. A aptidão para o cargo de juiz deve ser demonstrada, como nos Estados Unidos, em interrogatórios públicos. Também deve se pensar no modelo italiano, em que uma parte das escolhas dos juízes é confiada ao Presidente da República”.

A nomeação dos escolhidos para um mandato de 12 anos, vedada a reeleição para o período subsequente ou ainda uma nova eleição, cabe ao Presidente da República, que é obrigado a acatar a indicação feita pelas Câmaras – o ato de nomeação é vinculado e portanto apenas declaratório.

Os membros do *Bundesverfassungsgericht* não podem ser membros da Câmara de Representantes, do Senado, do Governo, tampouco de órgãos correlatos nos Estados alemães (art. 94.1 da Constituição alemã). É permitido, entretanto, o exercício da magistratura.

A aposentadoria dos integrantes do *Bundesverfassungsgericht* é compulsória aos 68 anos.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional foi criado na primeira revisão constitucional, em 1981/1982, com competência exclusiva para o exercício da jurisdição constitucional e autonomia ante o Poder Judiciário e demais órgãos do Estado português.

Dispõe o art. 222 da Constituição portuguesa:

“TÍTULO VI

Tribunal Constitucional

Artigo 221.º

(Definição)

O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

Art. 222.º

(Composição e estatuto dos juízes)

1. *O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes [ou seja, escolhidos pelos próprios integrantes do Tribunal].*

2. *Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas.*

3. *O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável.*

4. *O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes.*

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

6. A lei estabelece as imunidades e as demais regras relativas ao estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional.”

Os dez juízes designados pela Assembléa da República são escolhidos mediante eleição, apresentando-se as candidaturas por um mínimo de 25 e um máximo de 50 deputados, perante o Presidente daquele órgão representativo. Exige-se o aceite do candidato à vaga. Consideram-se eleitos “os candidatos que obtiverem o voto de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções”.

Os magistrados nomeados pela Assembléa da República se reunirão, em dez dias, e escolherão os três juízes restantes por votação secreta, dentre juízes “dos restantes tribunais” ou juristas. Considerar-se-á eleito aquele que obtiver no mínimo sete votos na mesma votação, e ainda aceitar o cargo.

A investidura se dá para um mandato de 9 anos, que não poderá ser renovado.

O Presidente da República não participa no processo de escolha dos integrantes do Tribunal Constitucional, o que gerou críticas quanto à excessiva politização daquela Corte, em prejuízo da independência de seus integrantes¹¹.

Note-se a composição exclusivamente técnica do tribunal, já que seus integrantes são obrigatoriamente oriundos da magistratura e da comunidade jurídica.

Não há previsão de limites de idade, tampouco de aposentadoria compulsória.

Os integrantes do Tribunal Constitucional estão sujeitos aos impedimentos ordinários da magistratura, previstos no art. 216 da Constituição portuguesa, a saber:

“Artigo 216.

(Garantias e incompatibilidades)

1. Os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.

2. Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as exceções consignadas na lei.

3. Os juízes em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo as funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, não remuneradas, nos termos da lei.

4. Os juízes em exercício não podem ser nomeados para comissões de serviço estranhas à actividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente.

5. A lei pode estabelecer outras incompatibilidades com o exercício da função de juiz.”

Na Espanha, o Tribunal Constitucional se compõe de doze membros, nomeados pelo rei para um mandato de nove anos, quatro dentre eles por indicação do Congresso, escolhidos por maioria de três quintos de seus membros; quatro por indicação do Senado, escolhidos por idêntica maioria; dois por indicação do Governo; e, finalmente, dois por indicação do *Consejo General del Poder Judicial*.¹²

Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados dentre magistrados e *fiscales* (Ministério Público), professores universitários, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício profissional.

A composição do Tribunal Constitucional se renova por terças partes a cada três anos.

Além das incompatibilidades próprias dos integrantes da magistratura, a condição de membro do Tribunal Constitucional é incompatível com o exercício de qualquer mandato representativo, de cargo político ou administrativo, de funções diretivas em partido político ou sindicato e com emprego a serviço dos mesmos. É também vedado o exercício da carreira judicial ou no Ministério Público, bem como qualquer outra atividade profissional ou mercantil.

Os membros do Tribunal Constitucional espanhol são independentes e inamovíveis no exercício de seu mandato.

Cabe salientar, em conclusão, o contraste entre algumas das idéias que fundamentam a criação e a estruturação de uma justiça constitucional nos Estados Unidos da América e na Europa, modelos hoje predominantes no mundo.

Os norte-americanos consideram fundamental a investidura vitalícia – ou a permanência no cargo enquanto o juiz tiver bom comportamento, conforme dispõe a Constituição dos EUA – como garantia do jurisdicionado, visto que, na palavra da própria Suprema Corte, “é perfeitamente evidente que aquele que ocupa um cargo apenas enquanto aprouver a outrem não pode certamente manter uma atitude de independência contra a vontade deste último”.¹³

Ora, se o exercício da jurisdição constitucional se outorga ao Poder Judiciário, seus titulares – inclusive os *Justices* da Suprema Corte – gozam das garantias e prerrogativas outorgadas à magistratura em geral, dentre as quais a investidura vitalícia.

No Brasil, essa característica se mostra de forma ainda mais sólida, visto que, mais do que a permanência do cargo “enquanto tiverem bom comportamento”, a vitaliciedade é expressamente concedida aos juizes em geral e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal – tribunal que é o guardião precípua da Constituição – pelo art. 95, I, da Constituição Federal.

A Europa, por sua vez, historicamente mais ciosa do conceito de supremacia do Parlamento enquanto expressão da soberania popular, viu florescer um sistema onde a participação popular na escolha dos integrantes das Cortes Constitucionais – por intermédio, bem entendido, de seus representantes eleitos – é mais enfatizada como fonte de legitimação democrática desses tribunais.

Reconhece-se de forma mais evidente a natureza política da atuação da justiça constitucional – cujos integrantes detêm afinal a prerrogativa de explicitar, para o bem ou para o mal, o conteúdo dos princípios expressos na Constituição, sujeitando inclusive o Parlamento – e, prevendo a renovação regular dos membros desses tribunais, procura-se fazer refletir ali a as mudanças no campo social e das mentalidades.

Assim é que, como observa Alexandre de Moraes, “para garantia da atualização do pluralismo e da representatividade [da Justiça constitucional], em regra, deverá haver uma renovação regular dos membros do Tribunal ou Corte, que devem ter mandatos certos e não muito longos, de maneira que nem a designação da maioria coincida com o início do mandato do Chefe de Governo, nem que se perpetuem no cargo, impedindo, assim, que eventuais evoluções políticas e sociais, com reflexos imediatos na composição do Parlamento e na eleição do Chefe do Executivo, não sejam acompanhadas pela Justiça constitucional. Dessa forma, o ritmo das alterações, por meio de novas nomeações envolvendo os outros dois ramos do Governo (Legislativo e Executivo), permitirá assegurar a evolução social da Corte, que não se mostrará alheia às novas exigências decorrentes da constante mutação da sociedade”.

O Brasil, cujo sistema de controle de constitucionalidade constitui uma fusão histórica do modo difuso norte-americano com o concentrado, tipicamente europeu, poderia beneficiar-se de uma maior participação do Poder Legislativo na escolha e nomeação dos integrantes do Supremo Tribunal Federal. O instrumento já existe, à medida que se atribui ao Senado o controle da escolha feita pelo Presidente da República (CF, arts. 52, III, *a* e 101, parágrafo único).

Cabe então ao Congresso Nacional encontrar novos meios de intensificar o controle político sobre o processo de composição do STF, evitando assim o desvirtuamento da intenção do constituinte originário. Uma possibilidade seria emendar a Constituição Federal para transferir ao Congresso a escolha de parte dos Ministros da Suprema Corte, sem entretanto esquecer de exigir um

quorum qualificado e mais alto para a aprovação do nome como forma de incrementar o consenso e proteger a participação das minorias – nota fundamental no regime democrático e pluralista consagrado pelo art. 1º de nossa Carta.

Sendo o que nos cabia expor quanto ao objeto do presente estudo, finalizamos colocando-nos à disposição para outros esclarecimentos que se façam necessários.

NOTAS DE REFERÊNCIA

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. – 20. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 45.

² POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. – 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 55 e ss.

³ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Marbury vs. Madison (1803)* apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. – 7. ed. – São Paulo: Malheiros, 1997, p. 277

⁴ cfe. Louis Favoreu apud MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*. – São Paulo: Atlas, 2000, p. 119.

⁵ A menos que indicado diversamente, as citações contidas neste trabalho foram retiradas da obra: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*. – São Paulo: Atlas, 2000.

⁶ United States Supreme Court. *The Court as an Institution*. <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/14mar20010800/www.supremecourtus.gov/about/institution.pdf> (acesso em 11/06/2002)

⁷ SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. – Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 169.

⁸ órgão composto por representantes do povo, conforme o art. 26 da Constituição da Áustria.

⁹ órgão composto pelo Chanceler Federal e pelos ministros federais, conforme o art. 62 da Constituição da Áustria. O Poder Legislativo da Federação austríaca é exercido conjuntamente pelo Conselho Nacional e pelo Conselho Federal, reunidos na Assembléia Federal (arts. 24 e 38).

¹⁰ cfe. TSCHENTSCHER, Alex. *The Basic Law (Grundgesetz) – The Constitution of the Federal Republic of Germany (May, 23rd 1949)*. Würzburg: Jurisprudencia, 2002.

reprodução digital em http://www.uni-wuerzburg.de/rechtsphilosophie/material/the_basic_law.pdf (acesso em 13/06/2002)

¹¹ cfe. ARAÚJO, António de, apud MORAES, op. cit., p. 182.

¹² Senado Espanhol. *Constitución Española*, art. 159 e ss. http://www.senado.es/info_g/index.html (acesso em 14/06/2002)

¹³ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Humphrey's Executor v. United States (1935)* apud SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. – Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 172.