A (IN)ADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE COMPOSIÇÃO E DA VITALICIEDADE DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

GERMANO SCHWARTZ* DIEGO DEZORZI**

RESUMO: No presente artigo, levanta-se a temática que envolve a (in)adequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Indaga-se, à luz do direito comparado, se a sistemática empregada para sua formatação subjetiva, especialmente se for considerada a realidade político-institucional brasileira, apresenta-se suficiente para sua efetiva democratização e conforma-se com as especificidades de sua atuação, vinculada aos direitos fundamentais. Para tanto, são estudados aspectos morfológicos de cortes constitucionais ou supremas alienígenas, bem como, com o reconhecimento da preponderância do Executivo e da inoperância do Senado no processo de seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, são analisadas propostas para sua reestruturação. Com efeito, com o estabelecimento de sistema de composição e tempo de permanência no cargo próprios ao Brasil, sua reforma, além de aproximá-lo do ideal democrático, tende a permitir maior independência e adequação de sua jurisprudência com a realidade social, intensificando, consequentemente, sua legitimidade para o exercício da jurisdição constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; Morfologia; Participação Popular; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: In this essay, the issue is raised involving the (in)adequation of the composition system and the lifelong office of the Federal Supreme Court justices. Under this perspective, one may inquire, in the light of comparative law, whether this system employed for its subjective formatting, especially when considering the Brazilian political and institutional scenario, is sufficient for its actual democratization and conforms to the specifics of its performance, linked to the fundamental rights. For this end, a study is undertaken on the morphological aspects of alien supreme or constitutional courts, and, with the acknowledgement of the Executive's prevalence and the Senate's lack of effectiveness in the selection procedure for Federal Supreme Court justices, a number of proposals for its restructuring have been drafted. In fact, after the establishment of the composition system and the terms of office practiced in Brazil, its reform, in addition to bringing it closer to the democratic ideal, will tend to allow greater independence and adequacy of its jurisprudence to the social reality, and will consequently intensify its lawfulness for the exercise of the constitutional jurisdiction.

_

Artigo recebido em 8.01.2010 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 30.03.2010.

^{*} Pós-Doutor em Direito (University of Reading). Professor Universitário.

^{**} Bacharel em Direito

KEYWORDS: Federal Supreme Court; Morphology; Participation by the people; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1. Aspectos morfológicos dos Tribunais encarregados da Guarda da Constituição no Direito Comparado; 2. A (in)compatibilidade da formatação subjetiva do Supremo Tribunal Federal com as peculiaridades de sua atuação; 3. A reforma do Supremo Tribunal Federal; Considerações Finais; Referências.

SUMMARY: Initial Remarks; 1. Morphological aspects of the Courts entrusted with the Constitution's safekeeping in compared law; 2. The (in)compatibility of the Brazilian Supreme Federal Court's subjective formation with the peculiarities of its mandate; 3. The Brazilian Supreme Federal Court's reform; Final Remarks; References.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pertinência do enfrentamento da temática que envolve a (in)adequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é patente. Com efeito, é inegável a importância política e institucional desempenhada pela corte, aplicadora máxima dos preceitos constitucionais, cumprindo papel fundamental na manutenção do sistema constitucional democrático.

Indaga-se, assim, se a sistemática adotada pela Constituição Brasileira de 1988 para formatação subjetiva do Supremo Tribunal Federal, considerando os elementos colhidos no direito comparado e as peculiaridades do sistema político pátrio, compatibiliza-se com a especificidade de sua atuação e assegura a sua efetiva democratização.

Não se poderia, em razão das limitações que a abordagem impõe, efetuar análise que contemplasse todos os aspectos atinentes à temática proposta. Muito menos, neste espaço, cogita-se da transformação do Supremo Tribunal Federal em Tribunal Constitucional de matriz européia, uma vez que a discussão acerca da composição não se presta para tal fim, podendo, no máximo, representar uma faceta desse intento.

Opta-se, então, por circunscrever a análise, inicialmente, aos aspectos morfológicos de alguns dos principais modelos de tribunal constitucional ou supremo encontrados no direito comparado. Após isso, procura-se estudar a compatibilização do sistema de composição e da vitaliciedade dos integrantes do Supremo Tribunal Federal com a natureza e a dimensão de sua atuação, sobretudo na concretização dos direitos fundamentais. Finalmente, fixados os pressupostos teóricos essenciais à compreensão da problemática, são esboçadas propostas doutrinárias almejando a sua reestruturação subjetiva.

Não se pode olvidar, ao fim, a menção de que esta explanação não tem a pretensão de esgotar o problema, o que, ao menos por ora, mostra-se inviável, diante da complexidade do tema e da abundante doutrina que versa sobre a matéria. Contudo, mesmo em modestas proporções, já se traz o suficiente para suscitar o debate e, quiçá, propor algumas soluções.

1. ASPECTOS MORFOLÓGICOS DOS TRIBUNAIS ENCARREGADOS DA GUARDA DA CONSTITUIÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Ao longo de sua história, o Supremo Tribunal Federal apresentou pequenas variações orgânicas. Na ordem constitucional vigente, seus Ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do

Senado, em votação secreta, dentre cidadãos, brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e de reputação ilibada. De igual modo, desde os primórdios da República, seus integrantes adquirem a vitaliciedade na data de sua posse¹.

Dentre as dimensões morfológicas² dos tribunais encarregados da guarda da Constituição, incluindo-se aí o Supremo Tribunal Federal, pode-se destacar a forma de composição subjetiva, ou seja, na perspectiva subjetiva, o modo pelo qual se estrutura e se mantém sua composição (Tavares, 2005, p. 372). Registra-se que, com a análise da forma de composição subjetiva de modelos de tribunais encontrados no direito comparado, destacando-se a Suprema Corte norte-americana, que serviu de inspiração para estruturação da Corte Suprema brasileira (Ferreira, 1987, p. 86), poder-se-á, ao final, compreender de modo mais amplo a problemática antes traçada.

Mostra-se oportuna, destarte, a reflexão inicial acerca do modo pelo qual os juízes constitucionais são investidos em seus cargos. A primeira formatação a ser utilizada, de acordo com Tavares (2005, p. 373), foi a indicação política, aplicada na composição da Suprema Corte norte-americana. Com efeito, nos Estados Unidos da América compete ao Presidente da República a nomeação dos juízes da corte, após a aprovação, por maioria simples, do Senado. Cabe ao Presidente da República, igualmente, a escolha do Presidente da Corte Suprema (Baum, 1987, p. 27).

Diante da relevância das nomeações para o órgão, grupos e indivíduos procuram influenciar o Presidente e o Senado no processo seletivo. Além dos próprios membros da administração do Presidente, destacam-se nessa tarefa a Associação Norte-americana de Advogados (ABA) e a comunidade jurídica em geral, grupos de interesses não jurídicos e os membros da Corte Suprema (Baum, 1987, p. 53 et. seq.).

Schwartz (1966, p. 169) exemplifica que, no limiar do ano de 1953, passados vinte anos de governo democrata, a corte compunha-se de oito juízes dessa vertente, dos quais cinco eram membros ativos do governo à época da nomeação e apenas um era republicano. A influenciação política para nomeação do juiz da Suprema Corte, portanto, é elevada.

No continente europeu, o Tribunal Constitucional austríaco também tem seu sistema de composição calcado na indicação política. Até 1929, os membros desta corte eram designados, em partes iguais, pelo Conselho Federal e pelo Conselho Nacional. Após a reforma de 1929³, coube ao Presidente da federação o poder de nomeação,

¹ Aspectos da trajetória histórica do Supremo Tribunal Federal são retratados, dentre outros, por Baleeiro (1968) e Costa (2006), bem como, num viés crítico mais acentuado, por Cruz (2004) e Alves Jr. (2004).

² Compartilha-se, nesse tópico, dos apontamentos levados a cabo por André Ramos Tavares ao tratar dos aspectos morfológicos dos Tribunais Constitucionais. Para ele, "realçando uma análise com as ciências biológicas, morfologia é o estudo que se ocupa com as formas do corpo. [...] A morfologia que se pretende apresentar é aquela relacionada ao estudo da forma de que se pode revestir a organização de um Tribunal Constitucional." (2005, p. 371).

³ Kelsen refere que, com a reforma de 1929, "[...] a velha Corte foi, com efeito, dissolvida e substituída por outra, cujos membros eram quase todos correligionários do executivo. Este foi o início de uma evolução política que inevitavelmente levou ao fascismo, sendo responsável pelo fato de não ter havido resistência contra a anexação da Áustria pelos nazistas." (2003, p. 306-307).

mediante proposições do governo federal, do Conselho Nacional e do Conselho Federal. Aquele detém o poder de indicar o Presidente, o vice-presidente, seis juízes titulares e três suplentes, o que pode orientar a composição da corte no sentido que lhe for favorável; o segundo, três juízes titulares e dois suplentes; o último, três juízes titulares e um suplente (Favoreu, 2004, p. 42).

De acordo com Ermacora (*in* Favoreu, 2004, p. 42-43), a indicação dos juízes do Tribunal Constitucional austríaco obedece a critérios políticos e o partido político que tem responsabilidades governamentais acaba determinando a maioria dos seus membros. Deve-se anotar, contudo, que, em razão de um pacto tácito firmado entre os dois principais partidos, estabelece-se, normalmente, certo equilíbrio.

Os membros do Tribunal Constitucional Federal alemão, por seu turno, são eleitos, meio a meio, pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, exigindo-se em ambas esferas a maioria de dois terços; depois de eleitos, são nomeados pelo Presidente da República. É interessante notar que o Tribunal Constitucional pode formular propostas para eleição se esta não se houver realizado dentro de dois meses após a expiração do período funcional ou a retirada prematura de um juiz, o que, todavia, não vincula os órgãos eleitores. Por fim, não se pode olvidar que o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal são eleitos, alternadamente, pelo Parlamento e pelo Conselho Federal (Heck, 1995, p. 111-115).

O sistema de eleição dos juízes constitucionais alemães é tido por Häberle (1997, p. 235-236) como tema de reforma, em vista da influência excessiva dos partidos políticos no processo seletivo, que reclamam, sem disfarce, para os seus asseclas, lugar no Tribunal Constitucional Federal. Apesar disso, não se nega que, até agora, todos os juízes tenham se mostrado incrivelmente independentes frente a seus partidos. Entretanto, isso não afasta a necessidade de serem fomentadas a representação pluralista e a presença de todos os partidos com representação na Câmara no processo de escolha dos magistrados constitucionais.

No que concerne ao Conselho Constitucional da França, o sistema de seleção dos juízes é dotado de peculiaridade que o diferencia do das demais cortes: além dos membros nomeados, o órgão é composto por membros de direito, quais sejam, os antigos Presidentes da República, que, de modo automático, são a ele incorporados. Os demais integrantes, outrossim, são nomeados, na proporção de um terço cada, pelos presidentes da República, do Senado e da Assembléia Nacional⁴ e têm, em regra, tendências políticas semelhantes às das autoridades que os nomeiam (Favoreu, 2004, p. 93-94).

⁴ Traçando considerações sobre a matéria, Gomes assinala que "o atual sistema de nomeação francês, no nosso modo de entender, apresenta seguramente algumas vantagens. Entre elas, a constante mudança no perfil dos membros e a diversidade de pessoas escolhidas que o sistema de nomeação propicia. Nosso mestre, professor Jacques ROBERT, com a autoridade de quem teve assento no Conselho de 1989 a 1998, expõe com grande propriedade os aspectos positivos do sistema rotativo de nomeação. Certamente levando em conta a especificidade do sistema político francês, em que às vezes as três autoridades detentoras do poder de nomeação são políticos oriundos de três correntes ideológicas distintas, Robert vislumbra nesse fato a salutar vantagem de se poder nomear pessoas de horizontes diversos, de origens diversas, de etnias e crenças diversas, de idades diversas e, por que não dizer, de formação profissional diversa." (2003, p. 116-117).

O Presidente do Conselho é nomeado pelo Presidente da República entre seus membros, podendo ser designando tanto entre os nomeados quanto entre os de direito. A prática, todavia, é no sentido de que a presidência seja confiada a um dos membros que o Presidente nomeia no início de seu mandato (Favoreu, 2004, p. 94).

Em Portugal, os juízes do Tribunal Constitucional são investidos em seus cargos pela escolha da Assembléia da República e pela cooptação no próprio tribunal. Mediante eleição, dez juízes são designados pela Assembléia, exigindo-se a maioria de dois terços dos votos dos deputados presentes para aprovação, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções. Na cooptação de qualquer juiz também é exigida a maioria de dois terços. O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal são eleitos por seus pares para um mandato de dois anos, com possibilidade de recondução (Miranda, 1997, p. 863-864).

Canotilho ressalta que o Tribunal Constitucional português "[...] não corresponde certamente ao padrão escolhido como padrão básico da estrutura organizatória: na sua composição apenas intervém a AR, excluindo-se os outros órgãos de soberania (PR e Tribunais)" (2003, p. 683). Para que correspondesse ao padrão político-organizatório consagrado em Portugal, sua composição deveria expressar o equilíbrio e a interdependência entre os órgãos de soberania.

O formato de indicação política é objeto de críticas, uma vez que permite um vínculo indesejado entre o Tribunal Constitucional ou Supremo e o chefe do Executivo, capaz de gerar uma cumplicidade que retire a neutralidade esperada e, em última instância, resulte em politização partidária (Tavares, 2005, p. 374). Nesse sentido, Schwartz manifesta que, talvez, a maior fraqueza do sistema de seleção dos juízes da Suprema Corte norte-americana se encontre "[...] no fato de que, muito freqüentemente, o poder presidencial de nomear tenha sido usado para fins políticos" (1966, p. 168).

Posto que alvo de críticas, a indicação política é a forma que mundialmente tem prevalecido na composição do órgão encarregado da guarda da Constituição⁵, independentemente do modelo de justiça constitucional adotado. Assim, cresce a importância da fixação de parâmetros – ou seja, condições subjetivas – que devam ser respeitados no processo de escolha dos membros das cortes.

As condições subjetivas podem ser compreendidas como limites ao poder de seleção dos Magistrados do Tribunal Constitucional ou Supremo. As principais condições gravitam em torno da fixação de idade mínima e máxima para o exercício do cargo, além da exigência de capacitação técnica e de diversidade cultural⁶.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA Nº 10 – JAN./MAR. 2010

184

⁵ Nesse sentido, Gomes narra: "Note-se, porém, quanto ao aspecto relativo aos titulares do direito de nomeação, que na maioria esmagadora das Cortes supremas ou constitucionais o poder de nomear os respectivos membros recai sobre as autoridades políticas. Assim o é o nos EUA, na Alemanha, na Espanha, no Brasil e em vários outros países." (2003, p. 116).

⁶ Nos Estados Unidos, inexiste a exigência, constitucional ou legal, de qualquer requisito para o cargo, embora, na prática, somente membros da advocacia tenham sido escolhidos (Baum, 1987, p. 92-93). De modo similar, na França também não se fixaram limites etários, tampouco qualificação profissional específica para os membros do Conselho. Em Portugal, também não há qualquer requisito de ordem etária. Na Áustria, apenas foi estabelecida a aposentadoria compulsória aos setenta anos. Nas duas últimas, contudo, há exigências de caráter técnico que devem ser atendidas, *v.g.*, ser juiz ou jurista. Por fim, para integração

Tavares (2005, p. 380) assinala ser comum a imposição de limites etários para integração do tribunal. A idade mínima decorre da necessidade de experiência que o exercício do cargo demanda; a idade máxima, por sua vez, pressupõe a perda da dinamicidade exigível para o desempenho das funções, aparecendo comumente em regimes que estipulam uma aposentadoria compulsória para o funcionalismo.

Kelsen acentuava ser "[...] da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira" (2003, p. 154). Com tal assertiva, o jurista austríaco pretendia demonstrar a relevância da capacitação técnica do juiz constitucional, mormente diante das funções que este desempenha no exercício da jurisdição constitucional. Ademais, a exigência de qualificação jurídica das pessoas que vão ascender ao tribunal, de acordo com Segado (1997, p. 652), é um dos aspectos que mais significativamente podem contribuir para equilibrar o peso excessivo que os órgãos políticos costumam ter no seu processo de integração subjetiva.

Ainda, aponta-se a relevância da diversidade cultural daqueles que irão integrar a corte, diante da amplitude da sua atividade, especialmente operante no campo dos princípios, dos direitos fundamentais e das cláusulas abertas. Asseguram-se, em última análise, com uma composição plural, julgamentos mais ponderados e adequados a uma sociedade igualmente multicultural (Tavares, 2005, p. 381-382).

A atividade de Juiz do Tribunal Constitucional ou Supremo, por outro lado, esbarra em algumas incompatibilidades previstas nos ordenamentos jurídicos de cada país. Em regra, os magistrados não podem exercer, de modo cumulativo, outras funções de caráter público, *v.g.*, ministro de Estado, parlamentar, dirigente de partido político (Favoreu, 2004, p. 30-31; Schwartz, 1966, p. 35-36). Alguns países vedam, inclusive, a cumulação com qualquer outra função de natureza privada, permitindo-se somente o exercício de uma cátedra universitária⁷.

Outra questão que ainda merece ser abordada diz com o número de integrantes do tribunal, que, para Kelsen (2003, p. 153), não deveria ser elevado, em razão da natureza de suas funções, o que se infere ter sido observado na fixação do número de integrantes das cortes anteriormente aludidas⁸.

É importante anotar que certa dificuldade tem sido apontada na fixação de número par de integrantes do tribunal, visto que sua conseqüência direta seria a admissão de um voto de qualidade do seu presidente (Tavares, 2005, p. 384), o que desestabilizaria a igualdade entre os seus membros e poderia acarretar a complexidade e politização da eleição ou indicação daquele (Segado, 1997, p. 642).

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA N' 10 – JAN./MAR. 2010

subjetiva do Tribunal Constitucional da Alemanha foram fixados limites etários – mínimo de 40 e máximo de 60 anos –, assim como a exigência de ser magistrado federal supremo – para seis membros – e de preencher as condições para ser juiz alemão (Favoreu, 2004, p. 30-31).

Exemplos dessas vedações são encontrados na Alemanha e em Portugal (Favoreu, 2004, p. 30-31).

⁸ O número de juízes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América não foi fixado em suas constituições, mas em lei específica. Naquele, há a previsão de dezesseis membros (Häberle, 1997, p. 235); nesta, de nove (Baum, 1987, p. 29). A Constituição da Áustria prevê o número de quatorze integrantes, com seis suplentes; a da França, além dos membros de direito, nove conselheiros; e a de Portugal, treze juízes (Favoreu, 2004, p. 30).

Finalmente, ainda no campo da morfologia, o tempo de permanência como integrante do Tribunal Constitucional ou Supremo pode reger-se mediante o estabelecimento de mandato fixo ou segundo o princípio da vitaliciedade. Enquanto aquele é consagrado na maior parte das cortes européias⁹, este foi o critério tradicionalmente adotado no direito norte-americano 10.

Manifestando-se sobre o período em que o integrante de um Tribunal Constitucional permanece em seu cargo, Tavares (2005, p. 386) considera que a estipulação de mandato é a fórmula que mais aproxima o órgão da representação popular dos demais poderes e permite a mudança e evolução de suas decisões.

Na Europa, o tempo dos mandatos gira, de regra, em torno de nove a doze anos¹¹. Esse prazo mais dilatado de mandato é aconselhado por Segado (1997, p. 649), para que se possa aproveitar melhor toda experiência acumulada de um integrante do Tribunal Constitucional no desempenho de suas funções, assim como assegurar o predomínio da racionalidade sobre a paixão em suas decisões.

Anota-se, ainda, que a mudança dos membros do tribunal não deve ser brusca, devendo ocorrer de modo gradativo, no fito de preservar a segurança jurídica, a previsibilidade do direito e a própria perenidade da instituição (Tavares, 2005, p. 387). Realmente, a renovação, desde que parcial - como se dá na França, por exemplo -, evita mudanças drásticas na composição, dando continuidade ao tribunal e impedindo que uma mudança de orientação política tenha um impacto muito radical (Segado, 1997, p. 650).

Por fim, a impossibilidade de recondução ou reeleição dos membros da corte, quando consagrada nas ordens jurídicas, visa a salvaguardar a sua própria independência, consubstanciando-se num obstáculo à vinculação partidarista dos magistrados (Segado, 1997, p. 651-652). Nas cortes européias, em regra, não se admite a renovação do mandato (Sampaio, 2002, p. 120).

Delimitados alguns caracteres orgânicos de modelos de tribunais encontrados no direito comparado, cujo papel desempenhado é similar ao do Supremo Tribunal Federal, torna-se viável que se passe ao exame de críticas que vêm sendo dirigidas à instituição e das soluções aventadas pela doutrina.

2 A (IN)COMPATIBILIDADE DA FORMATAÇÃO SUBJETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM AS PECULIARIDADES DE SUA **ATUAÇÃO**

A especificidade e a repercussão da atuação do Supremo Tribunal Federal trazem implicações em seu sistema de composição. Ora, sua gama de atuação é

⁹ Os seguintes países da Europa estabelecem mandato para os integrantes das cortes constitucionais: Albânia, Alemanha, Armênia, Bulgária, Croácia, Espanha, França, Hungria, Lituânia, Macedônia, Polônia, Portugal, República Tcheca, Romênia, Rússia, Eslováquia, Eslovênia, Itália e Iugoslávia (Favoreu, 2004, p. 30-31 e 124-125).

¹⁰ Vale ressaltar que, na Áustria, os membros do Tribunal Constitucional também são vitalícios, o que é

mitigado, contudo, pela previsão de aposentadoria compulsória aos setenta anos (Favoreu, 2004, p. 42-43). ¹¹ Pode-se mencionar que, na Alemanha, o mandato é de 12 anos e, na França e em Portugal, de 9 anos (Canotilho, 2003, p. 683; Favoreu, 2004, p. 31).

bastante ampla¹², destacando-se no exercício da jurisdição constitucional, com ou sem controle de constitucionalidade, enfrentando matérias de patente relevância¹³. Vale salientar que, sobretudo ao realizar o controle concentrado de constitucionalidade, corrige e, até mesmo, anula escolhas políticas fundamentais exteriorizadas na produção legiferante do Legislativo, representante da vontade geral (Favoreu, 2004, p. 34).

Corroborando a importância dessa atuação, Leal (2000, p. 176-177) pondera que, se não houver jurisdição constitucional eficiente, todos os direitos humanos e fundamentais tendem a se tornar vulneráveis, emperrando, conseqüentemente, a realização do Estado Democrático de Direito.

É em razão de seu papel, então, vinculado aos direitos fundamentais (Sarlet, 2004, p. 360) e à guarda da Constituição, à semelhança das cortes constitucionais européias, com a prerrogativa de proferir a última palavra em sede de jurisdição constitucional (Binenbojm, 2001, p. 49), que se justifica a forma diferenciada de sua composição. Com efeito, Ordoñez, com base na doutrina de Javier Pérez Royo, aponta:

> Para composição de todo Tribunal Constitucional, devem estar presentes, conjuntamente, uma legitimidade de origem e uma legitimidade de exercício, sendo a primeira a mais difícil e na que se põe em jogo toda a credibilidade da instituição; por essa razão, na maior parte dos países em que a seleção de magistrados é competência principalmente do órgão parlamentar, exige-se uma maioria qualificada para obrigar a busca do consenso entre os diferentes grupos políticos. [...] A legitimidade de exercício não é menos importante, pois implica outorgar um conjunto de mecanismos que coloquem a salvo o Tribunal da vinculação partidária. (2000, p. 168, grifo do autor).

É justamente em razão da necessidade da afirmação dessa legitimidade de origem¹⁴ - que, em última análise, reside na participação popular, direta ou indiretamente que a composição do Supremo Tribunal Federal não pode ser - e não é - a mesma dos demais órgãos da jurisdição ordinária, reservando-se a participação dos representantes

¹² Note-se que, muito embora o controle concentrado de constitucionalidade tenha sido efetivamente instituído com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, e significativamente alargado sob a égide da Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal foi concebido com um plexo de competências muito mais amplo do que o existente para o Supremo Tribunal de Justiça do Império, tendo sido, ab initio, o Tribunal da Federação, encarregado da garantia do regime republicano. Pode-se conferir, nesse sentido, Streck (2004, p. 419-422) e Baleeiro (1968, p. 58 et. seq.).

13 Wald e Martins (2006, p. 41) lembram que "pela sua própria função de Corte Constitucional, o STF é,

evidentemente, um tribunal político que não somente verifica a constitucionalidade das leis mas, também, garante a evolução construtiva do direito nacional e a proteção dos direitos individuais". Não se pode deixar de referir, também, que "[...] o Poder Judiciário vem assumindo um papel de árbitro do processo político, decidindo conflitos constitucionais de ordem federativa e, sobretudo, de ordem interorgânica, fundamentando tal função na competência de interpretar a Constituição. Ao que parece, a Constituição brasileira de 1988 não destoa de tal tendência, conferindo ao Supremo Tribunal Federal o controle e a mediação política no embate entre os poderes." (Leal, 1999, p. 233.) Com base nisso tudo, denota-se a relevância das matérias apreciadas pelo Supremo.

¹⁴ Tavares elucida que "a legitimidade de origem estabelece a maneira pela qual se forma o Tribunal Constitucional. Assim, engloba os aspectos referentes à composição do Tribunal Constitucional, ao procedimento de eleição de seus componentes, à participação dos distintos órgãos estatais e, indiretamente, por meio destes, à participação do povo." (1998, p. 35).

dos demais poderes políticos, cujos atos serão objetos de controle, na sua formação¹⁵. Tal legitimidade enfraquece-se, entretanto, quando os órgãos que devem participar do processo de composição não desempenham adequadamente suas funções¹⁶.

Vale ponderar que, mesmo que desempenhasse adequadamente seu papel, ainda poderia ser questionado o déficit de legitimidade popular advindo da participação apenas do Senado, não da Câmara dos Deputados, no processo de seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, aquele não reflete, de modo proporcional, a representação popular, visto que cada Estado-membro, independentemente da dimensão de sua população, é representado por três senadores¹⁷.

A legitimidade de exercício, por seu turno, encontra seu sustentáculo nos requisitos mínimos exigidos para que o juiz integre a corte, bem como nas garantias que lhes são outorgadas e nas limitações que lhes são impostas. É nesse prisma que Baleeiro (1968, p. 104) assinalava, já no limiar da segunda metade do século passado, que o Supremo Tribunal Federal deveria caracterizar-se pelo apartidarismo e pela neutralidade política. Realmente, qualquer ativismo político-partidário é hábil a prejudicar o dever de imparcialidade que se exige dos ministros, podendo acarretar abalos na legitimidade de exercício da corte.

Nesse contexto, a composição das cortes constitucionais é apontada pela doutrina como fator legitimador¹⁹ das suas decisões e, em última instância, da própria Justiça

membros, compõe-se por senadores eleitos, por voto direito e secreto, pelo sistema majoritário, para o

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA N' 10 – JAN./MAR. 2010

¹⁵ Nesse sentido, Favoreu (1997, p. 108) anota que a legitimidade das Cortes Constitucionais também se deve ao fato de que seus membros são designados por autoridades políticas democraticamente investidas.
¹⁶ O sistema de composição adotado no Brasil, para ser dotado de efetividade, pressuporia a participação eficiente dos poderes Executivo e Legislativo no processo, o que não ocorre, considerando a existência de um presidencialismo exacerbado (Comparato, 2004, p. 152-153), assim como a participação irresponsável do Senado, que se tornou um mero homologador das indicações presidenciais (Dallari, 2002, p. 115-116). Isso tudo, além de ser potencialmente comprometedor da independência da corte, não permite que o sistema alcance a harmonia e o equilíbrio entre os poderes. Pelo contrário, acaba sendo fonte geradora de

desarmonia, criando-se o risco de que o Supremo Tribunal Federal venha a ser integrado unicamente ao sabor ideológico do Presidente da República – o que também se deve aos poucos requisitos capacitário exigidos para o cargo de ministro.

17 O Senado, de acordo com Ferreira Filho (2006, p. 171-173), com o papel de representar os Estados-

exercício de um mandato de oito anos. Ressalta que cada Estado-membro é representado pelo número fixo de três senadores, diante da tradicional consagração de um princípio de paridade na sua representação. Silva complementa afirmando que a representação dos Estados pelo Senado jamais existiu, visto que "os Senadores são eleitos diretamente pelo povo, tal como os Deputados, por via de partidos políticos. Ora, a representação é partidária. Os Senadores integram a representação dos partidos tanto quanto os Deputados." (2006, p. 509).

¹⁸ Nessa senda, Agra ressalta que "[...] quando os Tribunais Constitucionais começam a se imiscuir em assuntos políticos, ocorre de igual forma politização desses órgãos. Em muitas de suas decisões, fica evidenciada nítida opção ideológica, em que a matriz política resta clarividente. O risco é que a criação de uma justiça política passe a decidir de acordo com suas conveniências ideológicas, em detrimento da Constituição." (2005, p. 99).

¹⁹ Favoreu (1997, p. 108) aponta que a legitimidade dos Tribunais Constitucionais encontra fundamento, dentre outros elementos, na sua composição. Ressalte-se, ademais, que "a legitimação formal de um órgão de controle de constitucionalidade é proveniente da vontade do Poder Constituinte originário, mas a legitimidade político-social só é obtida com a adequação da interpretação constitucional aos princípios fundamentais". (Bercovici, 2004, p. 110).

Constitucional (Favoreu, 1995, p. 230-233). É em razão disso que se afirma ser necessária a participação dos demais órgãos constitucionalmente estabelecidos no processo de escolha de seus membros (Agra, 2005, p. 283). A forma peculiar de investidura dos juízes constitucionais, porém, não se faz suficiente para assegurar a plena legitimidade da Justiça Constitucional, que deve ser reforçada pela busca de três objetivos, quais sejam, o pluralismo, a representatividade e a complementaridade (Favoreu, 1995, p. 236-239).

O primeiro deles procura evitar o predomínio de apenas uma tendência política na composição da corte, visto que conduziria a uma homogeneidade do seu posicionamento com o do governo e comprometeria sua capacidade de controle. O segundo, por seu turno, afirma a necessidade de que os membros do Tribunal representem as várias tendências e segmentos da sociedade, reconhecendo as diversidades linguísticas, étnicas e religiosas, e dando espaço para participação das minorias²⁰. Por fim, o último objetivo consiste na necessidade de serem selecionados membros oriundos de diversas atividades profissionais, tais como juízes, advogados, professores, dentre outros, assegurando a multiplicidade de experiências, sobretudo, no controle de constitucionalidade.

Favoreu (1995, p. 237) ainda ressalta que a promoção do pluralismo somente pode ser atingida com o atendimento de duas condições: a renovação regular dos membros do tribunal e um sistema de nomeação e renovação que o incentive. Este somente pode ser conseguido com a repartição proporcional das vagas do Tribunal entre os partidos políticos presentes no parlamento e com a constante alternância do governo, o que permite que diferentes partidos indiquem os juízes (Maués, 2003).

Deve-se zelar, nesse diapasão, por uma corte cuja composição seja mesclada, proporcionalmente, entre, no mínimo, membros indicados pelos três poderes de Estado tradicionais, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário, não se deixando de ter em mente que "[...] quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade" (Bonavides, 2004, p. 132).

Assim, verificando-se que o Senado atua deficientemente no processo de formação subjetiva do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a ratificar as indicações do Executivo (Agra, 2005, p. 285; Barroso, 2001, p. 302), não há como considerar plenamente atendidos os requisitos apontados acima, uma vez que se permite o predomínio de uma única tendência política no Tribunal, o que leva a que se levantem questionamentos sobre o enfraquecimento de sua legitimidade (Maués, 2003)²¹.

Vale também anotar que a possibilidade de reeleição do Presidente da República – viabilizada pela Emenda Constitucional nº 16/1997 – fere a alternância do governo, necessária à concretização do pluralismo, podendo abalar, em consequência, a legitimidade da corte. A atual composição do Supremo Tribunal Federal, nessa linha de raciocínio, tem se afastado da idéia de pluralismo, visto que, dos atuais onze ministros, sete deles foram designados pelo mesmo presidente.

o pluralismo existente na sociedade, o que propicia auferir maior fundamentação social" (2005, p. 146).

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA Nº 10 – JAN./MAR. 2010

²⁰ Para que se alcançasse a representatividade, Agra (2005, p. 283) sustenta que os membros do Supremo Tribunal Federal deveriam ser eleitos por meio de um acordo de forças políticas, que lhes garantisse amplo consenso.
²¹ É nessa perspectiva que Agra ressalta que "[...] a escolha dos membros que compõem o Supremo Tribunal Federal deve ser aquela que permita a participação do maior número possível de forças políticas, refletindo

Além disso, a vitaliciedade de seus membros também é apontada como atributo que afeta o pluralismo, visto que não permite a renovação regular do Tribunal (Maués, 2003). Quando os Ministros são investidos vitaliciamente nos cargos, as modificações na conjuntura política não são acompanhadas por modificações em sua composição, o que ocasiona certa disparidade entre os anseios sociais e o teor das decisões. Diferentemente, quando existe mandato, torna-se possível que sua composição acompanhe a dinâmica das forças sociais, evitando-se, inclusive, a petrificação de suas posições (Agra, 2005, p. 286).

Enfim, denota-se que o atual sistema de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal e a sua vitaliciedade podem ocasionar o enfraquecimento da legitimidade para o desempenho de suas funções e, conseqüentemente, a legitimidade das suas decisões, motivo por que avulta a importância do estudo das propostas de reestruturação do seu sistema de composição.

Antes disso, contudo, torna-se impositiva a abordagem mais detalhada do viés político da atuação do Supremo Tribunal Federal, que é sobressalente, como decorrência natural da sua condição de cúpula do Poder Judiciário, assim como de guardião da Constituição, concentrando, em todas as circunstâncias, a última palavra estatal acerca desta. Com efeito, "o Supremo carrega por precípua missão a de fazer prevalecer a filosofia política da Constituição Federal sobre todos os desvios em que o Congresso e o Presidente da República, Estados, Municípios e particulares se tresmalhem" (Baleeiro, 1968, p. 103).

Reforçando tal entendimento, embora fazendo menção ao modelo de Tribunal Constitucional Europeu puro, Enterría (2001, p. 178) anota que os conflitos que este terá de resolver terão, essencialmente, substância política, partindo-se da premissa de que opera sobre uma norma penetrada dessa substância em sua mais nobre expressão. É nesse sentido que Gomes pondera ser "quase impossível contornar os aspectos políticos das nomeações para os órgãos de jurisdição constitucional, pois é essencialmente política a missão constitucional de exercer a fiscalização da compatibilidade entre as normas constitucionais e infraconstitucionais" (2003, p. 118). Isso tudo não afasta, entretanto, o caráter jurídico de sua atuação, inferindo-se que esta se localiza numa zona de tensão entre componentes políticos e jurídicos.

Em suma, não há como se pôr à parte o aspecto político da atuação do Supremo Tribunal Federal, na medida em que age - deveria agir, ao menos - na concretização dos valores insculpidos no texto constitucional, conformando-os também com os anseios sociais. Igualmente, a circunstância de representar a última instância do Poder Judiciário nacional só vem a reforçar esse caráter.

É em razão dessa atuação também política, portanto, num descompasso com a sociedade em muitos casos²², que se sustenta que a composição do Supremo Tribunal Federal deveria ser repensada, visto que a forma de escolha dos seus membros

²² A confortar tal ilação, vale a referência ao estudo desenvolvido por Pacheco (2007), em que se identificou a existência de uma estratégia decisória em que o Supremo Tribunal Federal enfrenta o mérito de questões de pequena relevância nacional, ao mesmo tempo em que emprega sistematicamente argumentos formais para o não-julgamento de questões de grande relevância para o Brasil.

ofenderia as idéias básicas de democracia, que repousam no governo da maioria, na periodicidade dos governantes e na participação popular, dentro de um ambiente de aceitabilidade. Agregado a isso, aponta-se que a vitalicidade dos seus ministros ocasiona um descompromisso com o povo, cuja influência na corte é mínima, pois não participa diretamente do processo de escolha (Lima, 2002, p. 61-62).

Cumpre ainda assinalar que, após reforma levada a cabo pela aprovação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que, dentre outros feitos, inaugurou a súmula vinculante no ordenamento jurídico pátrio, a atuação do Supremo Tribunal Federal pode comprometer a independência interna dos membros do Poder Judiciário. Ora, os juízes inferiores foram obrigados a seguir uma construção teórica que não está assentada necessariamente na lei, mas numa decisão do Supremo Tribunal com conotações muitas vezes — considerando-se principalmente a influência exacerbada do governo — de caráter político (Barbosa, 2003, p. 58-59). Assim, torna-se ainda mais evidente a necessidade de ser garantida a maior independência e participação popular na formatação subjetiva do Supremo, a fim de auferir maior grau de legitimidade às súmulas que venham a ser editadas.

Por fim, não se pode olvidar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal detêm a competência de julgar o Presidente da República em certas circunstâncias, assim como de controlar seus atos e de outras autoridades governamentais. Logo, poder-se-ia indagar até que ponto, nesse agir, sua imparcialidade será conservada. Esse é mais um fator que pode ser apontado para evidenciar o desacerto da concentração da indicação dos ministros do Supremo tão-somente — considerada a ínfima participação do Senado — nas mãos do Presidente da República.

Em suma, diante da natureza da atuação do Supremo Tribunal Federal no Estado brasileiro, sobretudo no controle concentrado de constitucionalidade – efetivando os direitos fundamentais –, assim como diante da faceta política dessa atuação, seu sistema de composição deve ser democratizado, assegurando a participação popular efetiva, justamente para aproximá-lo da sociedade, fortificando, pois, sua legitimidade e produzindo decisões mais conformes com a realidade social. Impõe-se, à vista disso, avaliar algumas das propostas existentes para que sua reformulação.

3. A REFORMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao se falar em reforma do Poder Judiciário, especificamente, do Supremo Tribunal Federal, a primeira indagação que se põe é acerca do porquê de sua realização; a segunda questão, se, efetivamente, tal reforma deve ser realizada, é para quê; finalmente, a última pergunta que se apresenta é como essa reforma pode ser efetivada (Brindeiro, 1998, p. 11).

As respostas às duas primeiras indagações já foram brevemente esboçadas. Com efeito, identificou-se certa vulnerabilidade na independência dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, assim como em sua legitimidade popular para o exercício das funções, comprometendo-se, em última análise, a possibilidade de plena efetivação dos direitos fundamentais. Sabendo-se que o Estado Democrático de Direito não se realiza integralmente sem um Judiciário independente (Brindeiro, 1998, p. 11) e democratizado, as reformas viriam justamente para implementar sua realização

(Müller, 2005, p. 28). Impõe-se, assim, identificado o problema, verificar as possibilidades existentes para sua solução.

Velloso (2003, p. 40), ao refletir sobre a pertinência da alteração do sistema de composição do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao modo de escolha dos ministros, sugere a realização de indicações compartilhadas entre as universidades por meio das faculdades de Direito -, os Tribunais Superiores, o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, os Conselhos Superiores do Ministério Público e as associações de magistrados, cada um apontando dois nomes. Uma vez feitas as indicações, estas seriam encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal, que, em sessão pública, elegeria dentre os indicados seis nomes. A lista sêxtupla seria encaminhada, então, ao Presidente da República, que escolheria um nome, cuja aprovação ou não se daria pela maioria absoluta do Senado. Neste, o eleito deveria ser sabatinado, com a participação de representantes dos órgãos que efetuaram as indicações iniciais.

De modo semelhante, em límpida inspiração na prática vivenciada no processo de escolha dos Justices da Suprema Corte dos Estados Unidos, Dallari (2002, p. 118-119) propõe que o Presidente da República, previamente à sua indicação, faça consultas e receba sugestões dos tribunais, das escolas de Direito, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público e de outras instituições. Após isso, dentre os três nomes que obtivessem maiores indicações, o Presidente faria a sua escolha e o sistema seguiria o procedimento já consagrado na Carta política. Ressalta-se que, se adotado tal sistema, seria indispensável que todo procedimento ocorresse de modo transparente, não nos bastidores, como mecanismo de troca de influências e apadrinhamento político.

Também discorrendo sobre a urgência de se adequar o método de seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao regime democrático, Gomes (1997, p. 179-180) assinala que sua composição deveria contar com a participação paritária e següencial do próprio Supremo, da Câmara dos Deputados, da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público. Para ele, o Supremo deveria elaborar lista tríplice dentre magistrados brasileiros, e os demais deveriam apresentar listas sêxtuplas, que seriam transformadas em listas tríplices pelo Supremo. A etapa seguinte não se alteraria, encaminhando-se os nomes ao Presidente da República, que, após a aprovação do Senado, efetuaria a nomeação.

Com alterações mais substanciais, Comparato (2004, p. 115) aponta que o Supremo Tribunal Federal deveria ser composto por quinze ministros²³, um terço dos

192

²³ Agra (2005, p. 285) também sugere a elevação do número de ministros para 15, em razão das dimensões territoriais do Brasil. Na mesma senda, Müller (2005, p. 32-33) aponta para necessidade de aumento desse número para um patamar preferencialmente par - 12 ou 14. Entretanto, o acerto da ampliação do número de Ministros do Supremo Tribunal Federal não é avalizado por toda doutrina (Silva, 1999, p. 257). Kelsen (2003, p. 153) já advertia que o número dos membros dos tribunais constitucionais não deveria ser muito elevado. Enfim, quer mantido em 11, quer elevado até 15, não se verificaria qualquer absurdo, havendo. em qualquer caso, compatibilidade com os modelos de tribunais constitucionais europeus. A bem da verdade, a ampliação do número de juízes viria a atenuar a excessiva sobrecarga de trabalho ora existente na corte. Poder-se-ia refletir, porém, se vale mais a adoção de medidas meramente paliativas, como é a elevação do número de ministros, a medidas efetivas - v.g., estreitamento das competências - que visassem

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 deveriam ser feitas em listas tríplices, e a escolha dos ministros caberia ao Senado, em votação com quórum qualificado de dois terços dos senadores. Particularidade bastante relevante dessa proposta é a exigência da maioria qualificada do Senado para aprovação do nome – aspecto ratificado por Agra (2005, p. 287) –, o que representaria um consenso maior em torno da escolha e, conseqüentemente, auferiria maior representatividade e legitimidade.

Salienta-se, máxime em tais propostas, a necessidade de o Legislativo – seja quando houver participação exclusiva do Senado, seja conjunta com a Câmara dos Deputados – assumir responsabilidade efetiva na apreciação ou escolha do nome do aspirante ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, o que se reconhece difícil de ocorrer, uma vez que "o Poder Legislativo brasileiro vive em crise. E é uma falácia a assertiva de que o Legislativo escolheria melhor." (Velloso, 2002, p. 302).

Com efeito, a crise do Poder Legislativo é reflexo da própria crise de representatividade dos partidos políticos brasileiros, que ocasiona, inevitavelmente, o seu enfraquecimento²⁴. Talvez seja em razão disso que, apesar de reconhecer, efetivamente, a necessidade de alteração do sistema de composição do Supremo Tribunal Federal, Müller, com bastante cautela, advirta que, "[...] desde que inexista no Brasil um sistema desenvolvido de partidos políticos, parece recomendável que a indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal permaneça nas mãos do Presidente da República" (2005, p. 31)²⁵.

De uma perspectiva inovadora, Lima (2003, p. 518) procura demonstrar a validade do argumento político-eleitoral como critério para escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, afirmando a possibilidade objetiva e constitucionalmente delineada de estes serem escolhidos por meio de eleições diretas, sem que isso represente incompatibilidade com a Constituição Federal. Com efeito, partindo da premissa de que a jurisdição constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal, bem como por qualquer corte constitucional, consubstancia-se em atividade política,

a circunscrever a atuação do Supremo Tribunal Federal à real guarda da Constituição e implementação dos direitos fundamentais, o que, conseqüentemente, tornaria desnecessária a elevação. Ressalte-se, inclusive, que a questão da ampliação do número de magistrados deve ser observada com cautelas, para que não assuma feições excessivamente políticas, como já registrou a história brasileira.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA N' 10 – JAN./MAR. 2010

²⁴ Alguns fatores podem ser apontados como fontes da crise partidária brasileira: a) a recente institucionalização dos partidos políticos; b) a ausência de continuidade da vida partidária em função das crises políticas intermitentes ao longo da história; c) a ausência de um conteúdo programático definido e de um posicionamento ideológico dos partidos; d) a criação dos partidos de cima para baixo, ou seja, o extremo divórcio das camadas populares; e) a postura patrimonialista e clientelista, visando a alcançar unicamente vantagens pessoais; f) a diversidade do comportamento partidário no país e a prática do regionalismo (Leitão, 1989, p. 206-208). A crise dos partidos políticos, assim como os abusos sistemáticos de poder, são apontados por Tremps (2003, p. 32) como fatores que afetam negativamente a legitimação das instituições em boa parte dos países latino-americanos.

²⁵ A proposta de Müller (2005, p. 30-31) consiste, em longo prazo, na substituição do atual sistema de escolha para a eleição indireta dos Ministros do Supremo Tribunal, nos moldes do que se passa no Tribunal Constitucional da Alemanha. Para que tal alteração surta os efeitos esperados, pressupõe-se um sistema político-partidário desenvolvido, com partidos politicamente determinantes no âmbito de seus parlamentos.

pondera que as eleições satisfariam aos requisitos da problemática central da política da modernidade, qual seja, a legitimidade. Ressalta, nesse sentido, que o "resultado das eleições enfrenta toda sorte de debates, situação que nem de longe nomeações realizadas diretamente pelo executivo sonham em ter como preocupação" (2003, p. 516).

Enfim, eleições diretas abririam espaço para o fortalecimento da democracia direta e representativa, não apenas com a aproximação entre o discurso constitucional e sua necessidade empírica de realização, mas também assegurando maior transparência no processo de composição da corte, com a prevalência da vontade popular sempre presente, o que atrairia, inclusive, a maior atenção do povo para as decisões (Lima, 2003, p. 518-520).

Mesmo que se aponte para a inadequação do sufrágio direto como via de formatação da composição do Supremo Tribunal Federal, a pretexto de que isso conduziria ao partidarismo das decisões, aumentaria a possibilidade de influências de grupos econômicos e permitiria a manipulação da maioria analfabeta que integra a população brasileira²⁶, Lima (2003, p. 509 e 517) contrapõe essa argumentação afirmando que não ultrapassa o cenário do realismo cínico existente numa sociedade globalizada e calcada no ideal do livre mercado, que trazem para o debate político a quase que intolerância absoluta para com a representação política.

O estabelecimento de requisitos capacitários mínimos, é importante anotar, seria indispensável caso se viesse a adotar o sistema de eleições diretas para escolha dos magistrados do Supremo, sob pena de desvirtuamento das finalidades objetivadas com a alteração.

Verifica-se, nitidamente, que grande parcela das propostas apresentadas, em intensidades variadas, procura aproximar o modo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal àquele dos tribunais constitucionais europeus – harmonizando-se, inclusive, com esboço desenhado por Kelsen (2003, p. 154-155) –, mesclando vários elementos e pretendendo adaptá-los à realidade brasileira. A tendência de afastamento do modelo norte-americano, à exceção da proposta de Dallari, também se mostrou evidente, assim como a refutação do formato de concurso público para o recrutamento dos ministros, o que sequer chegou a ser cogitado, quiçá diante da própria natureza da atuação da corte²⁷.

Também similar ao que se passa nos Tribunais Constitucionais europeus, a fixação de requisitos capacitários mais palpáveis, assim como o estabelecimento de certas vedações, apresenta-se no rol das propostas para reestruturação do Supremo Tribunal Federal, significando fator relevante para o fortalecimento da legitimidade dos ministros. Com efeito, a título de requisitos capacitários, além do que consta no art. 101 da Constituição Federal, consoante Velloso (2003, p. 40), o candidato ainda

COI

²⁶ Luz e Fonseca (1999, p. 3-4) entendem que o critério eletivo não contribuiria para o aperfeiçoamento do sistema judicial, mormente diante da inexistência de um sistema eleitoral maduro. Por sua vez, Agra (2005, p. 283) também afasta a possibilidade do voto popular para seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal

²⁷ Tavares (2005, p. 376) é contrário à hipótese de concurso público para integração subjetiva do Tribunal Constitucional.

deveria ostentar mais de vinte anos de exercício no magistério superior, na magistratura, no Ministério Público ou na advocacia.

Segundo Coutinho (2003, p. 413), frisando que a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal deve se dar com ampla participação da sociedade, os indicados deveriam ostentar reputação ilibada e antecedentes irretocáveis, assim como ampla experiência profissional, o que não se confundiria com amizades políticas. Ademais, ao se aposentar, os ministros deveriam esperar pelo menos cinco anos para poder advogar²⁸.

Além da capacitação profissional, tem-se apontado para a exigência de uma formação cultural mais sólida, capaz de compreender um cabedal de conhecimentos zetéticos que incluísse principalmente a ética (Agra, 2005, p. 289). Realmente, a vinculação à ética e a assimilação do multiculturalismo que forma a sociedade brasileira apresentam-se como relevantes vetores para produção de decisões mais justas e condizentes com a realidade local.

Finalmente, como peça integrante do arcabouço de reformas estruturais do Supremo Tribunal Federal, levanta-se a temática da fixação de mandatos para os seus Ministros. Velloso (2003, p. 39) sustenta que a vitaliciedade dos ministros não deve ser abolida, sob a justificativa de que a corte realiza o controle difuso de constitucionalidade, mediante o recurso extraordinário, assim como de que a vitaliciedade brasileira, como a austríaca, é mitigada, diante da aposentadoria compulsória aos setenta anos. Ressalta, entretanto, não ter preconceitos contra o mandato, que, se viesse a ser adotado, deveria ser de 12 anos.

A maior parte da doutrina (Coutinho, 2003, p. 413; Müller, 2005, p. 32), na verdade, tem se posicionado favoravelmente ao estabelecimento de mandatos para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, com a justificativa de que mandatos longos e não renováveis assegurariam a sua independência (Almeida, 1995), assim como a sua renovação permanente (Gomes, 1997, p. 180). Há, porém, algumas variações quanto ao tempo de duração do cargo.

Agra (2005, p. 288) propõe um mandato de nove anos para os membros do Supremo, sem possibilidade de reeleição. Cerqueira (1995, p. 160-161), ademais, entende que a fixação de um mandato não renovável de seis anos poderia dar ao tribunal, além da legitimidade reclamada, a renovação, que possibilitaria fugir da tendência naturalmente conservadora das cortes superiores. Alerta-se, entretanto, que, se alterado o sistema, a vitaliciedade dos atuais ministros deve ser respeitada (Agra, 2005, p. 288).

Agregada à fixação de mandatos, a renovação parcial dos componentes do Supremo Tribunal Federal também tem sido cogitada. Agra (2005, p. 288) entende que a renovação realizada a cada três anos, abrangendo em cada oportunidade um

20

Atendendo, mesmo que parcialmente, àquilo que foi idealizado pelo autor, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o inciso V no parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal, dispondo ser vedado aos juízes – incluídos aí os Ministros do Supremo Tribunal Federal – "exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração".

terço de seus membros, permitiria maior adequação das decisões aos anseios sociais, fortalecendo-se, em última análise, a legitimidade da jurisdição constitucional. Esse sistema aproxima-se daquele existente para renovação do Conselho Constitucional francês.

Verifica-se, portanto, que as propostas doutrinárias existentes para remodelação estrutural do sistema de composição do Supremo Tribunal Federal²⁹ têm apontado para valorização do modelo europeu de composição dos Tribunais Constitucionais. Efetivamente, reconhecendo-se a deficiência do atual sistema de composição do Supremo Tribunal Federal, são apontadas soluções que primam, sobretudo, pelo seu fortalecimento como instituição independente e democratizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que textualmente prevista na Constituição Federal de 1988, a sistemática adotada para estruturação subjetiva do Supremo Tribunal Federal pode ser posta em xeque, sobretudo diante da análise dos elementos oriundos do direito comparado e da realidade político-institucional pátria. Com efeito, a despeito de tradicionais na história constitucional brasileira, o seu sistema de composição e a vitaliciedade de seus ministros não se amoldaram às peculiaridades aqui existentes, mostrando-se insuficientes para sua efetiva democratização e colocando em risco a efetivação dos direitos fundamentais.

A especificidade da atuação do Supremo Tribunal Federal não se conforma com o seu sistema de composição. Ora, a Corte desempenha, sobretudo, a jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, imiscuindo-se em matérias de substância política acentuada. Considerando, assim, a sede de sua atuação, similar à dos Tribunais Constitucionais europeus, exige-se que sua composição seja democratizada a fim de auferir maior legitimidade popular aos ministros. Com a participação quase que exclusiva do Presidente da República no processo de escolha, essa democratização e, em conseqüência, a legitimidade popular, restam severamente abaladas, comprometendo-se, inclusive, o pluralismo, a representatividade e a complementaridade que deveriam ser fomentados. A potencialidade de desvirtuamento da atuação da corte, desse modo, torna-se elevada.

A consagração da vitaliciedade, nesse cenário, também parece não ser a melhor opção, motivo por que sua permanência também deve ser reavaliada. Não se vislumbram óbices a que essa garantia da magistratura, no caso específico dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, venha a dar espaço para fixação de mandatos, pois, com isso, estar-se-iam sendo asseguradas, de modo efetivo, maiores condições para democratização da instituição. Ora, o estabelecimento de mandatos, além de permitir a renovação gradual da corte, possibilitaria que a sua jurisprudência fosse mais arejada, viabilizando o acompanhamento da evolução da sociedade. Ressalta-se, contudo, que eventual reforma tendente a extinguir a vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal

²⁹ Aspecto que se tem mostrado digno de encômios pela doutrina (Dallari, 2002, p. 119) é a competência dos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal para eleição dos respectivos Presidente e Vice-Presidente, que, na eventualidade de ser efetivada alguma reforma, deve ser mantido.

Federal, com a substituição por mandatos fixos, deve contemplar também, para ser perfeita, a alteração integral do seu sistema de composição.

Enfim, até mesmo considerando os curtos espaços de tempo em que os ares democráticos sopraram no Brasil, as instituições políticas ainda estão em processo de aperfeiçoamento. Destarte, a reformulação do Supremo Tribunal Federal, além de aproximá-lo do ideal democrático instaurado pela Carta de 1988, tende a permitir maior independência e adequação de sua jurisprudência com a realidade social, intensificando, conseqüentemente, sua legitimidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, W.M. A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 331 p.

ALMEIDA, L.N. Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional). *In:* J. S. e BRITO et al, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional:* colóquio no 10° aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: 1995, p. 241-254.

ALVES JÚNIOR, L.C.M. O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 484 p.

BALEEIRO, A. O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968, 216 p.

BARBOSA, C.M. O Supremo Tribunal Federal e as condições de independência do poder judiciário brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 2003, 4:41-62.

BAUM, L. *A Suprema Corte americana:* uma análise da mais notória e respeitada Instituição Judiciária do Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 381 p.

BERCOVICI, G. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, 1(2):101-120.

BINENBOJM, G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 260 p.

BONAVIDES, P. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, 2004, 18(51):127-150.

BRINDEIRO, G. A reforma do Poder Judiciário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 1998, 23:11-23.

CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, 1522 p.

CERQUEIRA, M. Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia. Rio de Janeiro: Revan, 1995, 247 p.

COMPARATO, F.K. O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos Avançados*, 2004, 18(51):151-159.

COSTA, E.V. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania.* 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006, 191 p.

COUTINHO, J.N.M. O papel da Jurisdição Constitucional na realização do Estado Social. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 2003, 3:405-423.

CRUZ, A.R.S. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 492 p.

DALLARI, D.A. O Poder dos Juízes. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 166 p.

ENTERRÍA, E.G. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* 3. ed. Madrid: Civitas, 2001, 264 p.

FAVOREU, L. La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles. *In:* J. S. e BRITO et al, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional:* colóquio no 10° aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra. 1995, p. 229-240.

FAVOREU, L. Los tribunales constitucionales. *In:* D.G. BELAUNDE; F.F. SEGADO (Coord.). *La Jurisdicción Constitucional en iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 95-115.

FAVOREU, L. As Cortes Constitucionais. São Paulo: Landy, 2004, 131 p.

FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 396 p.

FERREIRA, P. A Corte Constitucional. Revista de Informação Legislativa, 1987. 95:85-116.

GOMES, J.B.B. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. *Revista de Informação Legislativa*, 2003, 158:97-125.

GOMES, L.F. *A Dimensão da Magistratura:* no Estado Constitucional e Democrático de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 266 p.

HÄBERLE, P. El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional. *In:* D.G. BELAUNDE; F.F. SEGADO (Coord.), *La Jurisdicción Constitucional en iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 224-282.

HECK, L.A. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, 336 p.

KELSEN, H. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p.

LEAL, R.G. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 224 p.

LEAL, R.S. A Judicialização da Política. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 1999, 29:230-237.

LIMA, F.G.M. Supremo Tribunal Federal: descompasso social e ilegitimidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, 2002, 37:52-66.

LIMA, M.M.B. A democratização das indicações para o Supremo Tribunal Federal. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 2003, 3:509-521.

LUZ, A.; FONSECA, A. A Independência da Magistratura. *Boletim dos Procuradores da Republica*, 1999, 2(16):3-4.

MAUÉS, A.G.M. Legitimidade da Justiça Constitucional: reflexões sobre o caso brasileiro. *In:* R. N. dos ANJOS FILHO (Coord.), *Estudos de Direito Constitucional*. Salvador, Jus Podivm. 2003. Disponível em: http:// http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a3AGMM.pdf, acessado em 13.12.2007.

MIRANDA, J.M.L. Controlo da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais em Portugal. *In:* D.G. BELAUNDE; F.F. SEGADO (Coord.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 855-896.

MÜLLER, F. Dez propostas para a reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 2005, 1(3):27-36.

ORDOÑEZ, J.D. Aspectos orgânicos do Tribunal Constitucional peruano. *Justiça do Direito*, 2000, 14(14):161-169.

PACHECO, C.C. O Supremo Tribunal Federal e a reforma do Estado do governo Fernando Henrique Cardoso: os critérios de admissibilidade como parte da estratégia política da corte. *Estudos Jurídicos*, 2007, 40(1):5-15.

SAMPAIO, J.A.L. *A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 1015 p.

SARLET, I.W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 453 p.

SCHWARTZ, B. Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, 424 p.

SEGADO, F.F. La jurisdicción constitucional en España. *In:* D.G. BELAUNDE; F.F. SEGADO (Coord.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica*. Madrid, Dykinson, 1997, p. 625-709.

SILVA, J.A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 924 p.

SILVA, P.N.N. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 395 p.

STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:* uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 919 p.

TAVARES, A.R. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: C. Bastos, 1998, 165 p.

TAVARES, A.R. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, 633 p.

VELLOSO, C.M.S. O Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional. *In:* O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA HISTÓRIA REPUBLICANA, Rio de Janeiro: 2001. *Anais...* Brasília: Ajufe, 2002, p. 283-315.

VELLOSO, C.M.S. A renovação do Supremo Tribunal Federal. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, 3:17-41.

WALD, A.; MARTINS, I.G.S. As nomeações para o STF. Revista Jurídica Consulex, 2006, 223:40-41.