

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
PROPOSTA DE UM MODELO DEMOCRÁTICO**

ANDREZZA LOPES PESSOA

**Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE**

ANDREZZA LOPES PESSOA

**COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
PROPOSTA DE UM MODELO DEMOCRÁTICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Lilian Márcia Balmant Emerique.**

**Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE**

CDD: 341.4191

CIP - Catalogação na Publicação

L475c Lopes Pessoa, Andrezza
 COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PROPOSTA
 DE UM MODELO DEMOCRÁTICO / Andrezza Lopes Pessoa. -
 Rio de Janeiro, 2017.
 66 f.

 Orientadora: Lilian Emerique.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

 1. Corte Constitucional. 2. Suprema Corte. 3.
 Supremo Tribunal Federal. 4. Democracia. 5.
 Separação dos poderes. I. Emerique, Lilian, orient.
 II. Título.

ANDREZZA LOPES PESSOA

**COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
PROPOSTA DE UM MODELO DEMOCRÁTICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Lilian Márcia Balmant Emerique.**

Data de aprovação: ___/___/_____.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que desde o início batalharam para que eu tivesse uma boa educação. Aos professores do Colégio Pedro II, unidade de Niterói, por toda a dedicação com que exercem o seu trabalho, por terem me dado bases suficientes para ingressar na Universidade Federal do Rio de Janeiro, e terem auxiliado no meu crescimento como pessoa. Aos docentes da Faculdade Nacional de Direito, por todo o conhecimento compartilhado, e por terem me ensinado a pensar o mundo de uma forma crítica. Por fim, aos meus amigos, por todo o apoio durante esses cinco anos de faculdade e por todo o carinho.

RESUMO

O presente trabalho aborda a influência que as Cortes Constitucionais vêm exercendo na sociedade, de modo a comprovar que essas Supremas Cortes necessitam que seus membros sejam escolhidos de forma mais democrática. Para isso, são apresentados casos envolvendo mutação constitucional, teorias sobre o conceito de democracia participativa, além de um breve estudo comparativo entre o processo de formação das Cortes Constitucionais do Brasil, Alemanha, Itália, França, Argentina, Estados Unidos da América, dentre outros.

Palavras-Chave: Corte Constitucional; Suprema Corte; Supremo Tribunal Federal; Democracia; Separação dos poderes.

ABSTRACT

This research is about the influence that the Constitutional Courts has made in Society, in order to prove that these Supreme Courts needs their members to be choosen in a more democratic way. For this to happen, this work show real cases envolving constitutional mutation and teories about the concept of participatory democracy, besides a brief comparative study between the formation process of many Constitutional Courts, as Brazil, Germany, Italy, France, Argentine, United States of America, etc.

Key Words: Constitutional Courts; Supreme Court; Supreme Federal; Court; Democracy; Separation of Powers.

SUMÁRIO

Introdução	7
1 O papel transformador das Cortes Constitucionais na sociedade	9
1.1 Funções das Cortes Constitucionais	9
1.2 Corte Constitucional e mutação constitucional	10
1.3 Papel Contramajoritário da Corte Suprema	18
1.4 Ministros como formadores de opinião	20
2 Processo de formação das Cortes Constitucionais	25
2.1 Composição da Corte Constitucional Brasileira.....	25
2.2 Formação da Corte Constitucional Alemã.....	27
2.3 Formação da Corte Constitucional Italiana	29
2.4 Formação da Corte Constitucional Francesa	30
2.5 Formação da Corte Constitucional Norte-Americana	31
2.6 Formação da Corte Constitucional Argentina	33
2.7 Formação da Corte Constitucional Chilena.....	34
2.8 Formação da Corte Constitucional Colombiana.....	35
2.9 Formação da Corte Constitucional Sul-Africana.....	36
2.10 Formação da Corte Constitucional Japonesa.....	38
2.11 Apontamentos sobre as Cortes Constitucionais	39
3 Democracia aplicada as Supremas Cortes	41
3.1 Relação entre Corte Constitucional e Democracia Representativa	41
3.2 Corte Constitucional e os Poderes Políticos	51
3.3 Novo modelo para a formação da Corte Constitucional Brasileira.....	57
Conclusão	61
Referências Bibliográficas	63

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático Brasileiro pode ser considerado como um Estado novo, uma vez que a denominada “Constituição Cidadã” só foi promulgada em 1988, possuindo menos de três décadas de vigência, e sendo antecedida por um longo período de ditadura. Dessa forma, só a partir daquele ano foi garantida a população o real direito de escolher os seus representantes nas esferas do Poder Executivo e Legislativo. Contudo, com relação a escolha dos membros do Poder Judiciário essa prerrogativa é praticamente nula.

No que tange ao Supremo Tribunal Federal, os seus membros são indicados pelo Presidente da República, antes de passarem pela *sabatina*¹ do Senado, sem que haja nenhuma interferência maior da população.² Todavia, o aumento no número de decisões do STF com certo grau de *ativismo judicial*³ torna relevante, social e juridicamente, o estudo sobre os critérios para formação do colegiado da Suprema Corte.

Em razão de conceitos semelhantes ao anteriormente exposto, faz-se relevante um estudo crítico buscando analisar se a forma como o Supremo Tribunal Federal é composto se coaduna com conceitos mais abrangentes de democracia, já que, as decisões proferidas pela Suprema Corte estão tendo cada vez mais impacto na sociedade civil, e o ministros, responsáveis por elas, não são escolhidos nem pelo povo, nem por seus maiores representantes: os membros do Poder Legislativo.

Ademais, a forma de controle de constitucionalidade brasileira se difere até mesmo do sistema de países que também adotam a *Civil Law*, como é o caso da Alemanha, Argentina, Chile, Colômbia, França, dentre outros.

Sendo assim, o presente trabalho se volta para o papel social e político das Cortes Constitucionais, com foco na atuação do Supremo Tribunal Federal. A intenção é que, com base em teorias sobre democracia, principalmente sobre democracia representativa,

¹Como comumente é chamada a aprovação realizada pelo Senado Federal.

²Requisitos presentes no Art. 101 da CRFB.

³Como exemplo pode-se citar a decisão na ADPF 54 sobre a constitucionalidade no aborto de fetos anencéfalos, o julgamento do HC 126.292-SP que alterou o entendimento sobre “trânsito em julgado”, a decisão na ADI 4277 e ADPF 132 que reconheceu a possibilidade de união estável homoafetiva, dentre outras.

conjuntamente com um estudo comparado entre o Supremo Tribunal Federal e outras Cortes Constitucionais, seja apresentado um modelo de formação para essas Cortes Supremas que seja viável e as tornem mais democráticas, a fim de trazer mais legitimidade para a atuação de seus membros.

1. O PAPEL TRANSFORMADOR DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA SOCIEDADE

1.1. Função das Cortes Constitucionais

As Cortes Constitucionais têm como função primordial zelar pela correta aplicação das normas constitucionais de seu Estado. São as Cortes Constitucionais que instituem como determinada norma nacional deve ser aplicada em *ultima ratio*.

No Brasil, o papel de Corte Constitucional é realizado através do Supremo Tribunal Federal, que integra o Poder Judiciário Brasileiro acumulando a função de Corte Constitucional e a função de órgão judiciário em última instância.

Contudo, ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, essas Cortes não realizam apenas uma leitura técnico-normativa das regras constitucionais. Na realidade, os Tribunais Constitucionais também exercem função política, abrangendo principalmente quatro grandes temas, quais sejam: separação de poderes, federalismo, direitos fundamentais e funcionamento das instituições democráticas⁴.

Nesse sentido, *função política* pode ser entendida como decisões sobre aspectos fundamentais do Estado que buscam promover o bem comum, sendo que, essa função é concedida pela própria Constituição.

Cabe, assim, destacar as palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA:

“a função judiciária, que os magistrados incumbem exercer, não se pode considerar como atividade estritamente jurídica. No controle sobre os atos do Legislativo e do Governo evidencia-se o caráter político de que está investido o Judiciário no desempenho de competências para proclamar a inconstitucionalidade ou invalidade de atos”.⁵

⁴PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

⁵SILVEIRA, José Neri. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, 3 p.

Na medida em que não cabe aos magistrados, ou aos membros das Supremas Cortes, se afastar das demandas judiciais quando lhes são apresentadas, as decisões dadas podem ultrapassar o teor apenas jurídico, ampliando-se para abarcar o que melhor atende ao interesse comum.

No Brasil, a Constituição da República institui em seu artigo 102 que “*compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”⁶. Sendo assim, a obrigação do STF em garantir a efetividade da Constituição importa automaticamente na de zelar pela separação dos poderes, pelo federalismo, pelos direitos fundamentais e pelo funcionamento das instituições democráticas, já que esses temas estão dispostos na Carta Magna, e torná-los sem efeito significaria o mesmo que não garantir efetividade a Constituição. Ademais, esses tópicos constituem preceitos básicos de um Estado Democrático de Direito.

1.2. Corte Constitucional e mutação constitucional

A mutação constitucional se dá como um fenômeno de alteração do conteúdo do texto constitucional. No entanto, se caracteriza como um modo pelo qual o conteúdo da norma – gramaticalmente falando – continua o mesmo, apesar da aplicação dada a ela passar a ser diversa da original.⁷

Em torno dessa ideia de mutação constitucional é reconhecida a não identidade entre texto de norma ou enunciado normativo e norma jurídica. No âmbito da teoria da interpretação jurídica, tem-se entendido que as leis em geral não carregam um sentido unívoco e clarividente, especialmente a Constituição, cujos enunciados são normalmente mais vagos e imprecisos. Aquilo que é veiculado por elas, ou seja, um conjunto de textos normativos, é apenas a “ponta do iceberg”, vale dizer, o ponto de partida de um (complexo) processo interpretativo. A norma jurídica propriamente dita é o resultado do processo interpretativo, realizado à luz de um caso concreto. Isso significa que a norma não é um dado, ou seja, uma solução rígida previamente fixada pelo legislador, mas sim um construído pelo intérprete.⁸

⁶BRASIL. Constituição (1988), de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

⁷LEITE, Glauco Salomão. A Extensão da Eficácia Erga Omnes e do Efeito Vinculante às Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Difuso pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de Mutação (In)Constitucional. **Revista de Direito Público**, v.6, n. 29, 2009. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1625/954>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

⁸LEITE, Glauco Salomão. A Extensão da Eficácia Erga Omnes e do Efeito Vinculante às Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Difuso pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de Mutação

Durante esse processo de adequação da norma constitucional ao fato, o julgador pode se deparar com uma norma que não mais se harmonize com os preceitos aplicados no presente. Por essa razão, ocorre a mutação constitucional na sua forma informal, onde o magistrado ou membro da Corte Constitucional, interpretará a norma de acordo com os valores que atualmente se entende como pertencentes a Constituição, não se limitando a interpretação gramatical da Carta Magna.

A necessidade de mutação constitucional pelo Poder Judiciário muitas vezes ocorre devido a falta de alteração das normas pela via legislativa. O esperado seria que o Poder Legislativo, como órgão democrático incumbido de manifestar os interesses do povo, promovesse as alterações legislativas condizentes com as demandas das gerações atuais em consonância com os princípios deixados pelas gerações passadas na Constituição.

Todavia, no caso brasileiro, por exemplo, isso acaba não ocorrendo da maneira oportuna, devido principalmente a interesses políticos dos próprios deputados e senadores, além dos interesses dos seus partidos. Por causa da inatividade dos legisladores, o povo fica demasiadamente preso as normas proferidas pelas gerações passadas, as quais muitas vezes não atendem aos ensejos e conflitos atuais.

Ocorre que quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário. Verifica-se, desse modo, um déficit na representação política tradicional, que pode se relacionar com vários outros problemas. Na presente abordagem, merece destaque a omissão do Congresso Nacional na aprovação de determinadas leis. Assim, constata-se uma grave inércia dos representantes eleitos na adoção de soluções efetivas para problemas sociais emergentes. Por vezes, a omissão estatal pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso a respeito de um certo tema, postergando as deliberações. Porém, essa inércia também pode configurar uma estratégia para evitar uma tomada decisão sobre um assunto bastante sensível. Nesse caso, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial.⁹

(In)Constitucional. **Revista de Direito Público**, v.6, n. 29, 2009. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1625/954>>. Acesso em: 14 jun. 2017. 101 p.

9LEITE, Glauco Salomão. **Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=863a76ba2c63cb56>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

Por essa razão, muitas vezes o Poder Judiciário acaba realizando uma prerrogativa que não é essencialmente sua. Ao alterar a interpretação de um conteúdo constitucional, acaba alterando o próprio teor da norma, contudo, essa atitude pode se revelar necessária a fim de garantir a própria efetividade da Constituição e de seus princípios.

Sendo assim, surge uma tensão entre a necessidade das Cortes Constitucionais em proteger direitos fundamentais e o Direito posto.

Surge una tensión entre la necesaria cautela judicial y la también necesaria realización de las provisiones constitucionales progresistas. Diversos casos que han involucrado a algunas democracias iberoamericanas recientemente ilustran la tensión: permisión condicionada del aborto, reconocimiento de derechos iguales para minorías sexuales y étnicas, facultades especiales para las fuerzas militares, controles a los medios de comunicación y participación de la iglesia en la discusión pública, entre otros.¹⁰

Na medida em que não cabe ao Poder Judiciário se afastar do litígio que lhe é apresentado, os magistrados são obrigados a decidir sobre situações que podem não estar disciplinadas na lei do modo como deveriam. As *lacunas* nas leis são preenchidas com a aplicação dos princípios constitucionais e sobre os moldes da sistemática da Constituição como um todo.

Interpretação constitucional é a atividade que consiste em fixar o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas regras ou princípios -, tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e alcance.¹¹

Contudo, a aplicação dos princípios pode se dar de forma diferente de acordo com o entendimento do magistrado ou do ministro da Corte Suprema, na medida em que os princípios não são normas estanques em si. Diferentemente das regras, na aplicação dos princípios é utilizada a técnica de ponderação, pela qual um princípio pode ser aplicado em maior ou menor proporção, dependendo do caso concreto. Nessa escolha do princípio a ser empregado e do modo a ser utilizado há interpretação do julgador, deixando um espaço para a tomada da decisão de forma subjetiva.

¹⁰POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Tradução de: Leonardo García Jaramilo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. 23 p.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155.

Sobre mutação constitucional, um caso que se destacou foi o julgamento da ADPF 132 - RJ¹², responsável por garantir a possibilidade de união estável homoafetiva no Brasil. Entre outros aspectos, o caso ganhou repercussão por ir de encontro ao gramaticalmente disposto na Constituição. O texto constitucional prevê expressamente que a união estável é a união entre homem e mulher, conforme trecho abaixo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.¹³

Todavia, os ministros do Supremo Tribunal Federal, no dia 05.05.2011, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 132 - RJ), utilizaram os princípios dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, para conceder aos homossexuais a possibilidade de terem os seus direitos resguardados pelo instituto jurídico da união estável.

Nesta seara, o Ministro Relator Ayres Britto, valendo-se do artigo 3º, inciso IV da Carta Magna, votou favorável ao reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, já que a diferenciação entre casais heteros e casais homossexuais se mostraria contrária aos objetivos instituídos pela Constituição Federal. O trecho a seguir demonstra o entendimento do Ministro Ayres Britto explicitado através do seu voto:

25. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o **sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).**¹⁴ (grifos do autor)

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF nº 132. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**, Brasília, 14 out. 2011.

¹³BRASIL. Constituição (1988), de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF nº 132. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**, Brasília, 14 out. 2011.7 p.

Adicionalmente ao voto do relator, votou o Ministro Cezar Peluso, na época presidente do Supremo Tribunal Federal, entendendo que o artigo 226, §3º da Constituição da República não impede a formação de outras formas de entidades familiares. A seguir trecho do voto que expõe o posicionamento do Ministro Presidente:

Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, §3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de **numerus clausus**. De modo que permite dizer que, tomando em considerações outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativas como familiares, tal como se dá no caso. Por quê? Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo – não mais que isso -, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais.¹⁵ (grifos do autor)

O julgamento desta ADPF trouxe impactos a sociedade. Pouco tempo depois, mais precisamente em 14 de maio de 2013, o CNJ proferiu a Resolução nº 175¹⁶, que baseando-se no próprio artigo 226 da Constituição da República, além do entendimento proferido pelo STF, tornou possível o casamento entre homossexuais, uma vez que o artigo citado prevê o facilitamento da conversão da união estável em casamento. O resultado disso foi o aumento expressivo na procura de reconhecimento da união por casais homossexuais. Segundo pesquisa realizada pelo IBGE, no ano de 2015 foram celebrados 5.614 casamentos entre pessoas do mesmo sexo.¹⁷

O exemplo trazido demonstra como as Cortes Constitucionais, através da mutação constitucional, são capazes de alterar substancialmente a aplicação de uma norma jurídica instituída. No caso em comento, apesar do artigo 226 da Constituição Federal trazer

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF nº 132. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**, Brasília, 14 out. 2011.267 p.

¹⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em 10 jun. 2017.

¹⁷CARVALHO, André. Número de casamentos gays no Brasil cresce 52% em dois anos, diz IBGE. **Uol Notícias**, São Paulo, 24 nov. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/11/24/numero-de-casamentos-gays-no-brasil-cresce-52-em-dois-anos-diz-ibge.htm>>. Acesso em 09 mai. 2017.

literalmente as expressões “homem” e “mulher” para designar os dois participantes de uma união estável, a re-interpretação trazida pelo Supremo Tribunal Federal trouxe a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo.

Situações como a anterior ocorrem devido ao silêncio da Constituição em relação a certas situações vividas no cotidiano que não se encontram resguardadas pelas hipóteses trazidas pela Carta Magna ou por outras normas.

Sendo assim, em situações como a anterior, o silêncio da legislação acaba demonstrando uma inconstitucionalidade, na medida em que a própria Constituição busca promover igualdade de direitos a todos.

Ademais, não apenas no caso brasileiro a Corte Constitucional exerce importante papel social e político utilizando-se da mutação constitucional. Se no Brasil, onde a nossa constituição pode ser considerado como *super rígida*¹⁸, e onde somos regidos pela *civil law*, há espaço para realização da mutação constitucional pelos magistrados e ministros, com muito mais afinco essa mutação ocorre em países de *common law*, como é o caso dos Estados Unidos da América.

Nos Estados Unidos a constituição possui pouquíssimos artigos se comparada a brasileira¹⁹, o que garante uma maior amplitude em seus mandamentos e uma maior discricionariedade para os magistrados e para a Corte Suprema Americana.

Sobre mutação constitucional norte-americana, comenta o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso o seguinte:

No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes

¹⁸Conforme Alexandre de Moraes, "Direito Constitucional", 15a Ed, 41 p: "...a Constituição de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF . art. 60 , § 4º-cláusulas pétreas)."

¹⁹A constituição brasileira possui 250 artigos e 95 emendas, enquanto a norte-americana possui 7 artigos e 14 emendas.

e tribunais em países nos quais vigora o sistema do common law. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras.²⁰

Um julgamento histórico que pode ser citado como marco de uma mutação constitucional é o caso *Brown vs Board of Education*. Esse caso foi julgado em 1954, e através dele a Corte Suprema Americana considerou que as divisões raciais entre negros e brancos nas escolas públicas eram inconstitucionais. Tal decisão reverteu o julgamento proferido no caso *Plessy v. Ferguson*, realizado no ano de 1896, no qual a mesma Corte Suprema havia validado juridicamente a segregação racial no país.²¹

Cabe salientar que, apesar da diferença em anos entre uma decisão e outra, ambas se fundamentaram na mesma norma legal, qual seja, a Constituição dos Estados Unidos, que encontra-se em vigor desde o ano de 1789.

Na decisão do caso *Brown vs Board of Education*, os ministros se basearam na 14ª emenda feita a Constituição, a qual dispõe em seu primeiro item o seguinte:

Amendment XIV (1868)

Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.²²

Sendo assim, nota-se que apesar da norma legal ter se mantido, a interpretação dada a Constituição Americana nos anos de 1896 e 1954, foram diametralmente opostas com relação a possibilidade ou não de segregação racial.

²⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, 125 p.

²¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, 27 p.

²²ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). Emenda constitucional nº 16, de 1868. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_16_\(1913\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_16_(1913))>. Acesso em 10 jun. 2017.

Isso ocorre devido as mudanças na forma de compreender o cotidiano de uma geração para a outra, fazendo com que um entendimento proferido no passado não mais se coadune com as noções de moral e justiça da geração atual, o que acaba por revelar-se nos magistrados e ministros das Supremas Cortes.

Dessa forma o Judiciário se utiliza da mutação constitucional para adequar a norma, que por sua própria natureza acaba permanecendo estática, aos anseios da sociedade, sendo esses dinâmicos e complexos.

No caso estadunidense, a decisão em *Brown vs Board of Education* trouxe enorme impacto social, representando um grande marco no movimento negro em busca de direitos civis, uma vez que abriu um importante precedente contrário as leis segregacionistas.

Desse modo, demonstra-se que não apenas no caso de lacunas as Cortes Supremas alteram o entendimento sobre a Constituição, podendo até mesmo contradizer uma decisão dada pelo mesmo órgão julgante.

Na medida em que as Supremas Cortes são capazes de proferir decisões vinculantes, não dependendo do aval ou aceite de outro órgão ou poder estatal na maior parte dos casos, resta claro o quanto o julgamento realizado pelos ministros possuem influência no Estado ao qual a respectiva Corte Constitucional diz respeito.

Em adição, já que o caráter das decisões, apesar das normas legais serem consideradas técnicas, podem estar impregnadas de subjetivismo por parte dos ministros, e levar a julgamentos diferentes do disposto na literalidade da lei, alguns autores se manifestam quanto aos limites a serem respeitados pela a mutação constitucional.

Nesse sentido, seriam consideradas como mutações manifestamente inconstitucionais, na visão de Ana Cândida Ferraz:

- a) contraria parcialmente a Constituição;
- b) ab-rogar ou derogar determinada norma constitucional;
- c) suspender, temporariamente a eficácia de normas constitucionais;

- d) produzir rupturas no ordenamento constitucional;
- e) provocar mudança total da Constituição.²³

Contudo, apesar da defesa de alguns autores desses limites às mutações constitucionais, tais limitações não impedem que as Cortes Supremas exerçam o seu poder político e social nos Estados, através de re-interpretações das Constituições.

1.3. Papel Contramajoritário da Corte Suprema

No tópico anterior, foi abordado como a mutação constitucional realizada pelas Cortes Supremas podem ajudar a adequar as normas aos anseios atuais de uma geração.

Todavia, no presente tópico, abordaremos como em algumas situações as Cortes Constitucionais podem ser obrigadas a adotar um papel contramajoritário, ou seja, adotar um posicionamento que contraria a vontade da maior parte da população em comento, ou sua vontade democraticamente constituída.

Em um primeiro momento, cabe apontar que os anseios dos cidadãos podem muitas vezes ser contrários as normas constitucionais. Como exemplo, no Brasil, inúmera vezes se vê pessoas que apoiam pena de morte para crimes hediondos, o afastamento do devido processo legal, desconstituição do Congresso Nacional, dentre outras coisas que poderiam ser consideradas manifestamente inconstitucionais.²⁴

Dessa forma, vinculada a própria Constituição e aos limites inerentes a ela, caberá a Corte Suprema proferir decisões que irão contra a maioria, mas que respeitarão o disposto na Carta Magna.

Além do mais, as Cortes Constitucionais também exercem papel contramajoritário ao se posicionar contrário a uma consolidação do Poder Legislativo, tendo em vista que é esse poder estatal o institucionalmente responsável por representar a vontade do povo. Esse

²³FERRAZ, Anna Cândia da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2ª Edição. Osasco: EdiFIEO, 2015, 245 p.

²⁴46% DA POPULAÇÃO é a favor da pena de morte. **Isto É**, Brasil, 19 out. 2011. Disponível em: <http://istoe.com.br/169547_CNI+IBOPE+46+DA+POPULACAO+E+A+FAVOR+DA+PENA+DE+MORTE>. Acesso em 14 jun. 2017.

entendimento foi exposto por Alexander Bickel, na obra *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*:

But the word “people” so used is an abstraction. Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational – an abstraction obscuring the reality that when Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.²⁵

Logo, se o Congresso é eleito pelos votos da maioria da população, e as suas manifestações, pelo menos em tese, representam a vontade de seus eleitores, pode-se considerar que as decisões das Cortes que são contrárias ao Legislativo também seriam implicitamente contrárias a vontade dos cidadãos.

Contudo, assim como os cidadãos podem ter anseios inconstitucionais, pode a maior parte dos legisladores acabar instituindo normas contrárias a Constituição. Neste momento, intervém a Suprema Corte, que com a intenção de garantir a própria continuidade do sistema constitucional, declara a norma inconstitucional.

Em conformidade, assim conclui o Ministro Luís Roberto Barroso, a partir da sua análise a obra de Bickel:

O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobreporem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962).²⁶

Da mesma maneira, como salientado pelo ministro citado anteriormente, se aplica este papel contramajoritário aos atos do Poder Executivo, uma vez que não se encontram livres de obedecer as ordens constitucionais, e podem conter vícios.

²⁵BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2nd ed. Yale University Press, 1986. 17 p.

²⁶BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. 09 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/?p=1236>>. Acessado em: 10 jun. 2017.

Sendo assim, nota-se que a possibilidade de exercer um papel contramajoritário das Cortes Supremas é inerente a sua função como órgão de controle constitucional. Sem essa prerrogativa de ir contra a vontade da maioria, não haveria o devido *check in balances*²⁷, deixando as ações dos poderes Legislativo e Executivo desprovidos de limitação.

1.4. Ministros como formadores de opinião

Não se pode negar a influência que as Cortes Constitucionais exercem na sociedade. As decisões proferidas por esses órgãos inúmeras vezes acabam por se tornar exemplos nas demais esferas do Poder Judiciário. A posse como ministro de uma Suprema Corte traz ao empossado um *status* diferente perante a sociedade.

Apesar de possíveis discussões sobre se aquela pessoa era a correta ou não para assumir o cargo²⁸, quando adquirido a nomenclatura de ministro da Corte Suprema, as palavras e entendimentos proferidos pelo novo ministro ganham maior repercussão.

Ademais, no caso brasileiro, os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal estão cada dia mais em pauta nos grandes meios de comunicação, tornando a atuação dos ministros mais midiática, e aproximando os cidadãos do entendimento proferido por aqueles.

Sendo assim, não é incomum que os votos dos ministros do STF sejam utilizados como base para a decisão de magistrados, mesmo que a decisão proferida pela Corte Suprema não seja vinculante. Um caso que pode ser colocado em pauta é o do julgamento que negou o *Habeas Corpus* nº 126.292 do ano de 2016.²⁹

²⁷ Referência a teoria de Montesquieu definida no livro “O Espírito das Leis”.

²⁸ Ao menos no caso brasileiro, a indicação para o cargo de ministro da Suprema Corte costuma gerar polêmica no meio jurídico. As críticas normalmente são direcionadas ao conhecimento jurídico do candidato e a possíveis influências partidárias em suas decisões.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus*. Execução de pena. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Estado de Rio de Janeiro, Brasília, DF, 4 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 08 mai. 2017.

Nesse processo o plenário pela maioria dos votos “entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.”³⁰

O relator do caso foi o Ministro Teori Zavascki, o qual se manifestou no sentido de que não caberia ao Supremo Tribunal Federal a análise dos fatos e provas já assentados durante o processo, o que possibilitaria o início do cumprimento da decisão proferida contra o réu desde o seu julgamento em segunda instância.

O entendimento proferido pela Suprema Corte ganhou repercussão entre os juristas, sendo amplamente discutido. Grande parcela dos advogados se posicionou contra o acórdão.³¹

Também se posicionou contra, a Ordem dos Advogados do Brasil, a qual impetrou ação declaratória de constitucionalidade (ADC 43)³² a fim de questionar a decisão no habeas corpus dada pelo Supremo Tribunal Federal. A ação buscou demonstrar a controvérsia entre o entendimento consolidado pelo acórdão e o artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual dispõe em seu *caput*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.³³

Ou seja, a exigência do trânsito em julgado pelo artigo impossibilitaria que um réu fosse preso após decisão proferida em segunda instância passível de recurso.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus*. Execução de pena. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Estado de Rio de Janeiro, Brasília, DF, 4 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 08 mai. 2017.

³¹ADVOGADOS e instituições criticam decisão do STF que permite prisão a partir de 2ª instância. **Migalhas**, 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234128,11049-Advogados+e+instituicoes+criticam+decisao+do+STF+que+permite+prisao+a>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC nº 43. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

³³BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

A ação não teve o resultado pretendido, uma vez que o relator dela, Ministro Marco Aurélio, entendeu que o citado artigo não era incompatível com a decisão proferida anteriormente no *Habeas Corpus* 126.292. O trecho retirado do seu voto demonstra tal entendimento:

Nessa linha, reitero in totum o voto que proferi naquela assentada, consignando que não considero a decisão proferida por este egrégio Plenário contrastante com o texto do art. 283 do Código de Processo Penal.

[...]

Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.³⁴

Apesar da discussão sobre se o acórdão proferido no HC 126.292 ter excedido a literalidade da Constituição Federal ou não, alguns magistrados passaram a usar o entendimento do Supremo Tribunal Federal como forma de embasar as decisões que proferiam.³⁵

Cabe ressaltar que o julgamento de *habeas corpus* pela Suprema Corte Brasileira não torna o entendimento sobre a matéria vinculante. A Constituição limitou o efeito vinculante às ações declaratórias de constitucionalidade, ações declaratórias de inconstitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental, podendo, também, receber esse carácter as suas súmulas, após a confirmação de dois terços dos intergrantes do Supremo Tribunal Federal.³⁶

Desse modo, nota-se que as decisões proferidas pelo STF, mesmo quando não vinculantes ou pacíficas, possuem grande influência na atuação dos juristas brasileiros. Um entendimento proferido pela Corte Suprema possui um *peso hierárquico*, não apenas pelo fato de constituir a última instância em um processo judicial, mas também pelo que a própria

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus*. Execução de pena. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Estado de Rio de Janeiro, Brasília, DF, 4 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em 08 mai. 2017. 9 p.

³⁵Como exemplo pode-se citar o julgamento do *Habeas Corpus* nº 392241 – SP julgado pelo STJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/441984487/habeas-corpus-hc-392241-sp-2017-0056961-7/decisao-monocratica-441984505?ref=juris-tabs>>.

³⁶Fundamento Legal: Artigos 102, inciso III e §2º;103-A da CRFB/1988.

instituição representa, como guardiã máxima da Constituição Federal, principalmente quando atua nas ações de controle de constitucionalidade.

Sobre o caso em questão, até mesmo o Superior Tribunal de Justiça brasileiro vêm utilizando o entendimento proferido no HC 126.292, como demonstra a ementa da decisão publicada em 19 de abril de 2016, em resposta aos embargos de declaração em agravo regimental, conforme trazido abaixo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 387, § 1º, DO CPP. JULGAMENTO DO HC 126.292 PELO STF. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo capaz de torná-lo nulo, especialmente porque a Corte de origem apreciou a questão da arguição da inconstitucionalidade do art. 222 do CPP de forma clara e precisa, estando os motivos e fundamentos que a embasam bem delineados
2. No que diz respeito ao art. 387, § 1º, do CPP, a parte embargante requer que seja declarado expressamente o direito de recorrer em liberdade enquanto durar o processamento dos recursos nos Tribunais Superiores, afirmando seu interesse jurídico na tese. Ocorre que tal posicionamento contraria entendimento firmado pelo STF, por ocasião do julgamento do HC 126.292, no sentido de que a execução provisória não fere o princípio constitucional da presunção de inocência quando a sentença condenatória for confirmada pelo Tribunal e estiverem pendentes de julgamento o recurso especial ou o recurso extraordinário, uma vez que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.
3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos.³⁷

Sendo assim, reforça a tese de que os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo quando não vinculantes, possuem grande influência em outras partes do Poder Judiciário.

Por fim, cabe apresentar a crítica realizado por Post e Siegel a respeito do papel central que a jurisdição constitucional exerce no ensino do Direito, o qual faz com que parte dos acadêmicos deixem de analisar a Constituição através de outros meios:

³⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargo de declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 608184 - ES. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339908682/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-aresp-608184-es-2014-0294478-0>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

A su vez, el juriscentrismo en el canon pedagógico tiene efectos ideológicos porque tienda tanto a reforzar su poder de decisión final en materia de interpretación constitucional, como a desalentar la posibilidad de realizar interpretaciones constitucionales que difieren del canon establecido de casos. Al enfocar el significado de la Constitución exclusivamente en las decisiones judiciales, los académicos, profesores y estudiantes no considerarán en general necesario explorar otros elementos que correlativamente intervienen en la forma en la cual la normativa constitucional se aplica a casos concretos.³⁸

³⁸POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Tradução de: Leonardo García Jaramilo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. 22 p.

2. PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

2.1. Composição da Corte Suprema Brasileira

Demonstrada a importância das Cortes Constitucionais e os impactos que elas exercem na sociedade, resta saber de onde surgem os ministros que as compõem.

No Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal são indicados pelo chefe do Poder Executivo, devendo a indicação do ministro ser aceita pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, fenômeno esse que se denomina *sabatina*.

Poucos são os requisitos para a indicação do Presidente da República de um candidato a ministro. O artigo 101, *caput* da Constituição da República prevê a necessidade apenas de reputação ilibada, notável saber jurídico e idade entre 35 e 65 anos, como exposto abaixo *in verbis*:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.³⁹

Ou seja, o chefe do poder Executivo possui ampla liberdade para escolher o ministro a ser indicado, cabendo ao Senado Federal avaliar se aquela pessoa é adequada para assumir o cargo de ministro do STF.

Ressalta-se que os poderes Judiciário e Legislativo não possuem qualquer prerrogativa de indicar um possível pretendente ao cargo. Mais afastado ainda da decisão está o povo, que não pode fazer outra ação a não ser aguardar pela indicação do Presidente e posteriormente pela *sabatina* do Senado Federal.

Sendo assim, nota-se que o Poder Executivo possui grande influência na Corte Constitucional Brasileira, intervindo indiretamente na interpretação da Constituição da

³⁹BRASIL. Constituição (1988), de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

República, assim como no Poder Judiciário como um todo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal é capaz de produzir instruções vinculantes aos demais órgãos deste poder.

Dessa forma, como estratégia política, o Presidente da República pode indicar para assumir o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, aquela pessoa a qual é conhecida a ideologia política favorável ao seu governo. Com essa atitude, colocaria um representante seu em um órgão de cúpula de outro poder, representante o qual poderia vir a ser de grande influência para garantir que as normas que são de interesse do Poder Executivo continuem em vigor.

Em adição, os requisitos estabelecidos na Constituição Brasileira são manifestadamente insuficientes para garantir que o ministro indicado terá capacidade de exercer a função pretendida.

A Constituição da República se quer exige o curso de bacharel em Direito como pré-requisito para a ascensão ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. Com relação a tecnicidade, o único requisito exigido é o de “notável saber jurídico”, quesito amplo e claramente subjetivo, uma vez que não possui qualquer medição de grau para reconhecer o que seria um “saber” considerado “notável”.

Ademais, pode-se considerar contraditório as diversas exigências para o ingresso na magistratura em primeiro grau de jurisdição se comparadas aos requisitos de ingresso em um órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Enquanto que para acessar o cargo de juiz em primeiro grau de jurisdição é necessário o curso de bacharel em Direito, com pelo menos três anos de prática jurídica, além de boa pontuação em concurso de provas, reconhecido como um dos concursos mais difíceis do país, e de provas e títulos, o futuro ministro do STF sequer necessita de formação em nível superior. Abaixo as citadas exigências para o ingresso na magistratura, as quais constam na Constituição da República:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;⁴⁰

Ademais, conceito ainda mais subjetivo é o da “reputação ilibada” exigida para a entrada na Suprema Corte. A Carta Magna não esclarece, e não há lei que discipline, quais atitudes ao longo da vida de um cidadão poderiam classificá-lo como pessoa de “reputação ilibada” ou não. Não há qualquer disposição a cerca de condutas morais, criminais ou atentatórias a Administração Pública. Resta ao Presidente da República fazer o juízo de valor e escolher o candidato a ministro o qual ele acredita que tenha essa qualidade. Em adição, o Senado Federal poderá concordar com o Chefe do Executivo ou não durante o ato da *sabatina*.

Como último requisito, exige-se a idade mínima de 35 anos e máxima de 65 anos para os candidatos a ministro do Supremo Tribunal Federal. Essa exigência de idade, assim como outras para assumir cargos políticos ao longo da Constituição, seria uma forma de garantir maior maturidade daquele que integrará a Corte Suprema Brasileira.

Cabe destacar que, apesar do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal ser vitalício, ou seja, ao contrário de outros países não há qualquer espécie de mandato, a idade máxima para o seu exercício é a de 75 anos, sendo a aposentadoria no cargo compulsória depois dela.

2.2. Formação da Corte Constitucional Alemã

Feita as considerações a cerca da formação da Corte Constitucional do nosso sistema pátrio, com as devidas críticas, exponho a seguir alguns modelos de Corte Suprema existentes no mundo. A intenção é compará-los ao modelo brasileiro para que, ao final do presente trabalho, possa ser sugestionado um novo modelo a ser aplicado no Brasil.

⁴⁰BRASIL. Constituição (1988), de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Primeiramente, trago a tona o modelo de Corte Constitucional alemã, uma vez que, assim como o sistema jurídico brasileiro, o sistema alemão também é constituído pela *civil law*. Isso significa que as Cortes Supremas alemã e brasileira devem se basear nas leis escritas, ou seja, na *codificação* para proferir os seus julgamentos. Esse tipo de característica tem a função de limitar a atuação do Poder Judiciário, na tentativa de restringir as suas decisões a tecnicidade das leis.

Outra semelhança é que, da mesma forma como o Supremo Tribunal Federal se divide em duas câmaras, a Corte Consitucional Alemã, denominada de Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), se subdivide em dois senados. As diferenças se iniciam no fato da Corte Alemã possuir 16 ministros, sendo 8 em cada Câmara e com a mesma hierarquia, enquanto que a Corte Brasileira possui 11 ministros.⁴¹

Contraste ainda maior se dá no fato de os ministros alemães serem escolhidos através de eleição. O ministro do Tribunal Constitucional Alemão é eleito para ocupar o cargo durante 12 anos, vedada a reeleição. Essa eleição é realizado pelo *Bundestag*, parlamento alemão, e pelo *Bundesrat*, que representa a ordem federal da Alemanha, podendo ser assemelhado as funções de Senado Federal. Cada um desses órgãos é responsável por eleger metade dos integrantes de cada dos senados que consituem a Corte Constitucional, sendo necessária a concordância de pelo menos dois terços dos seus membros.⁴²

Os requisitos para tornar-se ministro da Suprema Corte Alemã são os mesmos para o ingresso na magistratura. A idade do candidato a ministro deve se encontrar no intervalo entre 40 e 68 anos.⁴³

Nota-se que no processo de formação da Corte Constitucional Alemã, o Poder Legislativo possui maior influência se comparado ao processo de formação do STF.

⁴¹FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 9 p.

⁴²HELCIAS. Ricardo Vasques. Supremas Diferenças. **Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/complemento/brasil/supremas-diferencas/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴³RODRIGRES. Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais: Um estudo comparado**. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

Enquanto na Alemanha os ministros são eleitos pela escolha da maioria de dois terços do Senado e do Parlamento, no Brasil a única atuação no processo de escolha do novo ministro da Corte Constitucional pelo Poder Legislativo é quando o Senado exerce a sua prerrogativa de aceitar ou não o candidato indicado pelo Presidente da República.

Concomitantemente, é grande a diferença entre o tempo de duração do cargo de ministro da Corte Constitucional Alemã e da Brasileira. Enquanto a posse no cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal o torna vitalício para o empossado, no Tribunal Constitucional Federal Alemão o tempo máximo de atuação do empossado no cargo é de 12 anos. Uma maior rotatividade na Corte Constitucional traz mais possibilidade de haver mudança nos entendimentos proferidos por aquele órgão, o que poderia aproximá-lo dos anseios dos cidadãos cujos direitos tal Corte tutela.

2.3. Formação da Corte Constitucional Italiana

Assim como o Direito Alemão, o Direito Italiano também é constituído pela *civil law*, sendo a Corte Constitucional Italiana (*Corte costituzionale della Repubblica italiana*) formada por quinze integrantes. Semelhante ao modelo alemão, há participação do Poder Legislativo no processo de escolha do novo membro da Corte Suprema Italiana. O modelo italiano é ainda mais abrangente que o alemão, incluindo a participação dos Poderes Executivo e Judiciário.⁴⁴

No processo de formação da Corte Constitucional Italiana, um terço dos membros é indicado pelo Parlamento, um terço é indicado pelo Presidente da República, e a fração de um terço restante é indicada pelas cortes superiores do Poder Judiciário. O cargo exercido na Corte Suprema Italiana também tem duração limitada, sendo de 9 anos vedada a recondução.⁴⁵

⁴⁴HELCIAS. Ricardo Vasques. Supremas Diferenças. **Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/complemento/brasil/supremas-diferencas/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴⁵FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 13 p.

A escolha dos membros é limitada àqueles que integram a magistratura, podendo ser da jurisdição superior ordinária ou administrativa, aos advogados, e aos professores universitários com ao menos vinte e cinco anos de exercício profissional. Inexiste limites mínimos e máximos de idade para a investidura no cargo de ministro da Suprema Corte Italiana.⁴⁶

Torna-se evidente a discrepância entre o requisito relacionado ao conhecimento jurídico exigido do candidato a ministro da Corte Italiana e da Corte Brasileira. Enquanto na primeira há a exigência de vinte e cinco anos de atividade profissional⁴⁷, no caso brasileiro a exigência é apenas do candidato possui “notável saber jurídico”, requisito amplo e demasiadamente subjetivo.

2.4. Formação da Corte Constitucional Francesa

O Direito Francês também é constituído pela *civil law*, e a sua influência no Direito Brasileiro remonta a época do Código Napolêônico de 1804.

O controle de constitucionalidade francês ocorre através do Conselho Consitucional (*Conseil Constitutionnel*), sendo este constituído por nove membros. No entanto, a composição dessa corte consitucional se difere das demais, pois possui ex-Presidentes da República como membros natos, sendo o único tipo de membro que possui vitaliciedade. Com relação aos outros membros, três são escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assémbeia Nacional e três pelo Senado.⁴⁸

Com exceção dos membros natos, a duração do cargo no Conselho Constitucional é de nove anos, vedada a recondução. Dessa forma, o Conselho se revova a cada três anos.⁴⁹

⁴⁶FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 13 p.

⁴⁷RODRIGUES. Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais: Um estudo comparado**. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

⁴⁸FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 8 p.

⁴⁹HELCIAS. Ricardo Vasques. **Supremas Diferenças. Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/complemento/brasil/supremas-diferencas/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Na França, não se exige nenhum critério técnico de conhecimento em Direito para a ascensão ao cargo de membro da Corte Constitucional. Os requisitos capacitatórios são puramente políticos. Também não há idade mínima ou máxima para a investidura no cargo.⁵⁰

Em adição, a Corte Constitucional Francesa pode ser considerada historicamente uma das mais limitadas, já que o sistema de tripartição dos poderes na França se manteve mais rígido em comparação a outros países, fazendo com que prevalecesse as decisões tomadas pelo Poder Legislativo, limitando a atuação do Judiciário.⁵¹

Tal razão explica porque o modelo francês jamais admitiu que o Poder Judiciário exercesse o controle da constitucionalidade, por entender haver aí nítida intromissão no monopólio normativo do Legislativo. [...] Cabe ao Conselho Constitucional, órgão do Legislativo, o exercício do controle. Todavia, tal Conselho exerce, tão somente o controle preventivo e uma vez promulgado o ato legislativo caberá às autoridades públicas não mais que o seu cumprimento. Após a publicação da lei, não há mais lugar na França para manifestação de qualquer mecanismo de aferição da sua legitimidade constitucional. (MOTTA FILHO e SANTOS, 2004, p.37)⁵²

Por outro lado, percebe-se uma maior influência do Poder Executivo na Corte Suprema Francesa, uma vez que possui entre seus membros ex-Presidentes da República, situação que não ocorre na maior parte dos outros países.

2.5. Formação da Corte Constitucional Norte-Americana

Em função da enorme influência que os Estados Unidos da América possui em âmbito internacional, trago ao presente trabalho pequena análise sobre o processo de formação de sua Corte Constitucional.

⁵⁰FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 8 p.

⁵¹RODRIGUES. Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais**: Um estudo comparado. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017. 18 p.

⁵²RODRIGUES. Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais**: Um estudo comparado. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017. 18 p.

Diferentemente dos modelos apresentados anteriormente, o Judiciário norte-americano é regido pela *common law*. Nesse tipo de sistema jurídico os juízes possuem maior grau de liberdade do que na *civil law*, uma vez que aquele não se baseia em normas e regras escritas, mas sim na aplicação da lei pelo costume ou pela jurisprudência.

A respeito da *common law*, aponta Marinoni:

Com efeito, se alguém perguntar a qualquer teórico do common law a respeito da natureza da função do juiz que não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, que interpreta a lei conforme a Constituição ou que supre a omissão de uma regra processual que deveria ter sido estabelecida em virtude de um direito fundamental de natureza processual, certamente se surpreenderá. Tal atividade obviamente não significa declaração de direito e, assim, na perspectiva das doutrinas produzidas no common law, certamente revela uma atividade criadora, verdadeira criação judicial do direito.⁵³

Apesar de difererirem quando ao sistema de Direito adotado, Brasil e Estados Unidos da América possuem algumas semelhanças no que tange as características de suas Cortes Constitucionais. Tanto no caso brasileiro como no estadunidense, aqueles que são escolhidos para exercer o cargo na Corte Suprema podem fazê-lo de forma vitalícia. Ademais, os juízes na Corte Constitucional Americana (*Supreme Court of the United States*) também são indicados pelo Presidente, e devem obter aprovação da maioria do Senado para exercer o cargo.⁵⁴

Em adição, qualquer cidadão pode tornar-se um *justice*, termo norte-americano para a função equivalente a de ministro na Corte Suprema brasileira, sendo exigido apenas conhecimento jurídico. Como diferença entre as Cortes, pode-se apontar o fato da Corte Estadunidense possuir apenas 9 juízes, enquanto a brasileira totaliza 11.⁵⁵

⁵³MARINONI. Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre As Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008. 21 p.

⁵⁴FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 5 p.

⁵⁵FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 5 p.

Sendo assim, nota-se que apesar do sistema brasileiro ser regido pela *civil law*, no que tange ao processo de formação da Corte Constitucional, é bastante próximo ao sistema de *common law* adotado pelos Estados Unidos da América.

2.6. Formação da Corte Constitucional Argentina

Devida importância também deve ser dada as Cortes Constitucionais latino-americanas. Com relação a essas, início a abordagem com a Corte Constitucional Argentina (*Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*).

Do mesmo modo como ocorre nos sistemas brasileiro e estadunidense, os juristas da Corte Suprema Argentina são nomeados pelo Presidente da República, devendo ainda ocorrer a aprovação de ao menos dois terços dos membros do Senado para que o candidato passe a assumir o cargo. Com relação aos requisitos técnicos, na Argentina os integrantes da Corte Constitucional são juristas renomados que necessitam ter exercido no mínimo 8 anos de profissão.⁵⁶

O sistema do Judiciário na Argentina também é constituído pela *civil law*, mas diferentemente do que ocorre no Brasil, a Corte Constitucional Argentina exerce apenas o controle difuso de constitucionalidade, o controle *a posteriori*.⁵⁷

Desta forma, o controle de constitucionalidade argentino necessita de um caso concreto para ocorrer. Nesse sentido, aponta Marília Silva:

Observa-se, portanto, que em todos os casos possíveis de controle de constitucionalidade jurisdicional na Argentina, tem-se como requisito a existência de um fato concreto, de uma contenda *sub judice* para que se possa acionar o Judiciário para se manifestar sobre a constitucionalidade ou não de determinada lei. Ademais, qualquer órgão judiciário pode se manifestar acerca da (in)constitucionalidade das leis, não se concentrando o controle em um determinado órgão, seja ele a Suprema Corte ou uma Corte Constitucional. Deste modo, tem-se que o controle de constitucionalidade na Argentina é fundamentalmente concreto e

⁵⁶RODRIGUES. Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais**: Um estudo comparado. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017. 8 p.

⁵⁷RODRIGUES. Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais**: Um estudo comparado. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017. 8 p

difuso, não se permitindo a realização do controle concentrado de normas. (SILVA, 2011, p.8)⁵⁸

Por fim, acrescenta-se que a Corte Suprema Argentina é formada por apenas 5 juristas, podendo ser considerado esse número como reduzido se comparado as outras Cortes Constitucionais.⁵⁹

2.7. Formação da Corte Constitucional Chilena

Ainda no âmbito das cortes constitucionais latino-americanas. Adiciono algumas informações a cerca da Corte Constitucional Chilena.

O Chile também adota o sistema da *civil law*. O controle de constitucionalidade chileno atua de modo difuso e concentrado, sendo esse realizado por um Tribunal Constitucional (*Tribunal Constitucional de Chile*).⁶⁰

Tal Tribunal exerce inclusive controle preventivo sobre projetos de reformas constitucionais (art. 82, nº 2, Constituição). [...] Este mesmo controle preventivo é também realizado em relação aos tratados ou convenções internacionais submetidos a aprovação do Congresso. No que diz respeito ao controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de lei durante sua tramitação legislativa e das reclamações no caso de o Presidente da República não promulgar uma lei quando deva fazê-lo, isto é uma faculdade e não uma obrigação do Tribunal Constitucional. (BENITES, 2003, p. 272)⁶¹

O Tribunal Constitucional do Chile é composto por 10 ministros. No processo de composição dessa corte constitucional há a participação dos três poderes, uma vez que três

⁵⁸RODRIGUES. Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais**: Um estudo comparado. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017. 9 p

⁵⁹Conforme página na internet da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/#INSTITUCIONAL>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁶⁰RODRIGUES. Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais**: Um estudo comparado. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017. 13 p

⁶¹RODRIGUES. Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais**: Um estudo comparado. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017. 13 p

ministros são designados pelo Presidente da República, quatro são escolhidos pelo Congresso e três pela Corte Suprema, através de votação secreta.⁶²

Ademais, dentro dessa escolha realizada pelo Congresso há a participação das duas casas legislativas, pois dois desses ministros são nomeados diretamente pelo Senado, e outros dois são nomeados pelo Senado mediante proposta da Câmara dos Deputados.

No Chile, a atuação no cargo de ministro da Corte Suprema também tem prazo pré-estabelecido, sendo esse de nove anos vedada a recondução. Em adição, os ministros se aposentam compulsoriamente aos setenta e cinco anos.

Com relação aos requisitos técnicos, pode-se considerar o Chile um dos países mais exigentes, já que para estar apto a assumir o cargo de ministro no Tribunal Constitucional Chileno são necessários quinze anos da posse do título de advogado, além da necessidade de ter havido uma destacada atividade profissional, universitária ou pública. Concomitantemente, não deve haver nenhum tipo de impedimento para o exercício da magistratura.⁶³

2.8. Formação da Corte Constitucional Colombiana

Na mesma seara encontra-se a Corte Consitucional da Colômbia. O sistema de direito da Colômbia também é regido pela *civil law*, ficando *La Corte Constitucional de Colombia* responsável pelo controle de constitucionalidade.

Segundo o próprio *site* institucional, são funções da Corte Suprema na Colômbia:

Sus funciones, descritas en el artículo 241 de la Constitución, consisten en decidir sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformativos de la Constitución; resolver sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, las

⁶²FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 18 p.

⁶³FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 18 p.

consultas populares y los plebiscitos del orden nacional; ejercer el control constitucional sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno al amparo de los estados de excepción; decidir definitivamente acerca de las objeciones por inconstitucionalidad que el Gobierno formule contra proyectos de ley y de manera integral y previa respecto a los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso; resolver acerca de las excusas para asistir a las citaciones realizadas por el Congreso en los términos del artículo 137 de la Carta; decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano y de las leyes que los aprueben y revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales prevista en el artículo 86 de la Constitución.⁶⁴

A citada Corte Constitucional é composta por nove juízes. O processo de composição se dá preliminarmente com a indicação realizada pelo Presidente da República, pela Corte Suprema e pelo Conselho do Estado. Cada um desses órgãos possui a prerrogativa para indicar três juízes. Posteriormente esses juízes seram nomeados pelo Senado.⁶⁵

O prazo para o exercício do cargo na Corte também é limitado, sendo um dos menores entre os países estudados: duração de oito anos, vedada a recondução.

Sobre os requisitos técnicos, exige-se ao menos dez anos de exercício em cargo no Judiciário, Ministério Público, advocacia ou catedra de ensino jurídico, é indispensável o título de advogado. Exige-se ainda ser colombiano nato e em pleno exercício dos seus direitos, além da proibição de exercê-lo para aqueles que tenham sido condenados a pena privativa de liberdade, exceto se se tratar de condenação em crimes culposos.⁶⁶

2.9. Formação da Corte Constitucional Sul-Africana

A Corte Constitucional da África do Sul (*Constitutional Court of South Africa*), tem um processo de formação que difere dos expostos anteriormente. Na África do Sul, os líderes dos partidos políticos representados no parlamento são consultados, podendo opinar sobre os

⁶⁴ Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁶⁵ FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 16 p.

⁶⁶ FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 16 p.

membros que integrarão a Corte Consitucional. Também é consultado o Juiz Presidente da Corte Suprema.⁶⁷

Essa consulta é feita a partir de uma lista de três ou mais nomes elaborada pela Comissão de Serviço Judicial (*Judicial Service Commission*), órgão formado por “em grande parte provenientes da profissão jurídica e dos membros do Parlamento com base na representação proporcional.”⁶⁸ Depois da consulta, a nomeação é feita pelo Presidente da República.

A Corte Suprema é formada por onze juízes, que exercem o cargo durante um período de 12 a 15 anos, não renovável.⁶⁹

Cabe salientar que essa Corte Consticional foi implementada recentemente, se comparada as demais expostas, tendo surgido no ano de 1994, sendo criada pela primeira constituição democrática da África do Sul, que surgiu de forma provisória no ano de 1993.

The Constitutional Court was established in 1994 by South Africa's first democratic constitution - the interim constitution of 1993. The Court, the key institution of our constitutional democracy, continues to function under the final Constitution of 1996.

The 1993 constitution, agreed upon at multiparty talks, ushered in a legal order based on the concept of constitutional supremacy. From 27 April 1994, the interim constitution became the law's touchstone. And the 11-person court it established became the highest legal authority in the land in all constitutional matters.⁷⁰

Apesar da sua recente institucionalização, a Corte Constitucional Sul-Africana tem se mostrado de grande relevância no que tange a garantia de direitos sociais:

A abolição da pena de morte na África do Sul e a edição da lei que criou a possibilidade de celebração de casamentos homossexuais, por exemplo, foram decorrência direta e imediata de duas decisões judiciais da Corte sul-africana.

⁶⁷FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 21 p.

⁶⁸Disponível em:<<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/thecourt/history.htm#judges>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁶⁹FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 21 p.

⁷⁰Disponível em:<<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/thecourt/history.htm#judges>>. Acesso em:10 jun. 2017.

Ademais, algumas célebres decisões foram proferidas no que se refere aos direitos sociais, incluindo o direito à moradia, o direito à educação e o direito à saúde.⁷¹

Por essa razão, torna-se relevante incluí-la no presente trabalho. Ademais, haver uma consulta ao Parlamento durante o processo de formação da Suprema Corte juntamente com a participação do Juiz Presidente, demonstra uma maior harmonia entre os poderes Legislativo e Judiciário.

2.10. Formação da Corte Constitucional Japonesa

Por fim, cabe apresentar o modelo de formação da Corte Constitucional Japonesa, uma vez que dentre todos os modelos de Corte Suprema trazidos, o processo de formação dessa Corte é o qual o povo possui maior influência na escolha dos seus membros.

A Corte é formada por quinze juízes que se dividem em três câmaras, sendo esses juízes nomeados pelo Gabinete após a aprovação do Imperador. No entanto, a nomeação dos membros da Corte Constitucional é sujeita a referendo popular. O referendo ocorre na primeira eleição geral seguinte à investidura no cargo, repetindo-se a cada dez anos.⁷²

Cabe informar que o presidente da Suprema Corte é nomeado pelo Imperador após a indicação feita pelo Gabinete. Já sobre os requisitos técnicos, pelo menos dez dos quinze juízes devem ter se destacado como juízes, promotores, advogados ou professores de Direito. Os outros cinco não precisam ser juristas. A aposentadoria compulsória ocorre aos 70 anos.⁷³

A cerca da diferença entre o controle de constitucionalidade brasileiro e japonês, “enquanto no Brasil há freqüentes questionamentos sobre leis infraconstitucionais à luz da Carta Magna (controle abstrato), no Japão essa avaliação é quase totalmente baseada em casos

⁷¹NETO COSTA, João. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? Observatório da Jurisdição Constitucional. **Instituto Brasiliense de Direito Público**. Brasília, Ano 7, nº 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/934/642>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

⁷²FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 20 p.

⁷³FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017. 20 p.

concretos, já que as contradições entre as leis e a constituição são sanadas antes da promulgação.”⁷⁴

No ano de 2008, pela primeira vez o Brasil recebeu a visita oficial de um membro da Corte Constitucional Japonesa: Mutsuo Tahara. O ministro na oportunidade esclareceu que no Japão “antes de virar lei, há uma rígida análise de constitucionalidade do texto feita por um gabinete de assuntos legislativos”⁷⁵, o que faria com que a Suprema Corte Japonesa possuísse uma menor demanda de decisões judiciais se comparada a brasileira.

2.11. Apontamentos sobre as Cortes Constitucionais

Nota-se que a dinâmica referente as Cortes Constitucionais existentes no mundo são variadas. Com relação a indicação dos membros que a compõem, pode haver menor ou meio intervenção dos poderes políticos. No caso do Japão, essa escolha ultrapassa os representantes do *povo*, tendo ele próprio a prerrogativa de referendar ou não o membro escolhido.

Os países cujo modelo de formação da Corte Constitucional mais se assemelham ao brasileiro, presentes neste trabalho, são o argentino e norte-americano. Nesses modelos, o membro da Suprema Corte é indicado pelo Chefe do Executivo, passando por um processo de avaliação do Senado Federal, no qual ocorre sua aprovação.

Todavia, em alguns dos modelos trazidos há uma maior harmonização entre as prerrogativas dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na escolha dos membros da Corte Constitucional. Na Itália, por exemplo, essa prerrogativa é dividida entre os três poderes de forma igualitária, em que cada um tem a possibilidade de escolher um terço dos membros da Suprema Corte. No Chile, ocorre algo similar, apesar de não serem iguais os números de membros indicados por cada poder -já que três deles são designados pelo Presidente da República, quatro são escolhidos pelo Congresso e três pela Corte Suprema-, todos possuem grande influência na formação de sua Corte Constitucional.

⁷⁴Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97864>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁷⁵Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97864>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

Em outros países, onde não ocorre a participação do Poder Executivo na formação da Suprema Corte, como é o caso da Alemanha, o destaque costuma ser a atuação do Poder Legislativo. Na Alemanha os membros da Corte são escolhidos inteiramente por este poder, o que por um lado garante a esses membros maior legitimidade, uma vez que o Legislativo é o maior representante dos anseios da população, mas por outro demonstra uma grande interferência entre poderes políticos, na medida em que o Poder Legislativo estaria escolhendo os chefes do Poder Judiciário sem nenhuma consulta deste último.

Por fim, a finalidade deste breve estudo comparado é que, a partir dele, possa-se avaliar a influência de cada poder político na formação das Cortes Constitucionais, assim como, direta ou indiretamente, a prerrogativa do *povo* na formação das Supremas Cortes. A intenção é que esse estudo sirva de base a proposta de um novo modelo a ser adotado no Brasil, no qual haveria uma maior harmonização entre os poderes políticos, e os conceitos mais abrangentes de democracia.

3. DEMOCRACIA APLICADA AS SUPREMAS CORTES

3.1. Relação entre Corte Constitucional e Democracia Representativa

Os capítulos anteriores tiveram como função apresentar a influência que as Cortes Constitucionais exercem sobre os Estados, assim como a função de expor as diversas maneiras como as Supremas Cortes funcionam. Atentou-se ao processo pelo qual são constituídos esses órgãos, e principalmente a escolha dos membros que os formam.

Os Estados analisados no capítulo anterior, possuem sistemas diferentes de governo. Contudo, todos se consideram Estados Democráticos.

Com relação a influência que o modelo democrático exerce sobre a prerrogativa de quem pode escolher um novo juiz ou ministro da Corte Constitucional, essa se difere de acordo com o país.

De modo geral, a escolha desses membros é exercida pelo representante de um poder político (Executivo, Legislativo ou Judiciário), ou de mais de um poder político. O representante desse poder é também considerado pelos sistemas constitucionais como representando do *povo*, haja vista ter sido eleito pelos cidadãos daquele Estado.

Contudo, como aponta Noberto Bobbio na obra *Futuro da Democracia*, a busca por uma maior expressão democrática ocasiona o clamor pela democracia exercida de forma direta:

Parto de uma contantação sobre a qual poemos estar todos de acordo: a exigência, tão frequente nos últimos anos, de maior democracia exprimi-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta. Tal exigência não é nova: já a havia feito, como se sabe, o pai da democracia moderna, Jean-Jacques Rousseau, quando afirmou que “a soberania não pode ser representada” e, portanto, “o povo inglês acredita ser livre mas se engana redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos estes, ele volta a ser escravo, não é mais nada”.⁷⁶

Segundo Noberto Bobbio:

⁷⁶BOBBIO, Noberto. **Futuro da democracia**. 10. Ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 53 p.

[...] a expressão “democracia representativa” significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade.⁷⁷

Sendo assim, quando o autor fala sobre “a exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta”⁷⁸, em realidade aponta que, com o passar dos anos, mais se vêm buscando um maior poder do *povo* nas instituições.

Em adição, entende o doutrinador que o desenvolvimento da democracia não deve ser avaliado a partir da quantidade de pessoas autorizadas a votar, ou do número de locais políticos nos quais se exerce o direito de voto, mas sim a partir do próprio espaço onde é possível ao cidadão exercer seu poder de eleitor:

De agora em diante, quando nos colocarmos o problema de saber se houve desenvolvimento da democracia na Itália durante os últimos anos, deveremos procurar ver se aumentou não o número de eleitores mas o espaço no qual o cidadão pode exercer seu próprio poder de eleitor. Podemos, assim, considerar reforma democrática a que institui os conselhos escolares com a participação de representantes dos pais.⁷⁹

Dessa forma, se aplicarmos as idéias expostas por Noberto Bobbio ao presente tema, pode-se entender que o desenvolvimento da democracia ocorre com a ampliação do papel do eleitor, podendo-o atuar em mais espaços. No caso, o espaço de atuação que se questiona é a maior participação do cidadão nas Cortes Constitucionais.

Como levantado anteriormente, os eleitores tem atuação sobre Poder Legislativo, na medida em que escolhem os seus membros diretamente, assim como sobre o Poder Executivo, ao menos quando se trata nos países onde os cidadãos podem escolher diretamente o chefe do Poder Executivo.

Com relação ao Poder Judiciário, essa característica é quase nula, sendo alarmente quando se trata das Supremas Cortes.

⁷⁷BOBBIO, Noberto. **Futuro da democracia**. 10. Ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 56 p.

⁷⁸BOBBIO, Noberto. **Futuro da democracia**. 10. Ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 53 p.

⁷⁹BOBBIO, Noberto. **Futuro da democracia**. 10. Ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 69 p.

Apesar das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais possuírem grande alcance no que se trata aos atos dos três poderes políticos, se afasta do conceito de democracia representativa quando não há um maior poder do *povo* em interferir no processo de formação desses Tribunais.

Sendo assim, surge a dúvida: Como tornar o processo de formação das Supremas Cortes compatível com o modelo de democracia representativa?

Ademais, outras questões podem ser levantadas com relação ao constitucionalismo exercido por essas Cortes, de modo a tentar produzir uma versão mais democrática:

Las preguntas en este punto que vincula el constitucionalismo democrático son: ¿ cuál es la función que las altas cortes le deben prestar a la ciudadanía? ¿ Resulta al respecto relevante la consideración de que sus magistrados no son elegidos sino nomeados? ¿ En qué institución del poder público radica la sede de la voluntad general? ¿ Cuáles restricciones, si es que hay algunas, son admisibles en la configuración de la voluntad general en una democracia constitucional? Si la independencia judicial es un pilar de la democracia, ¿ cuál debe ser el grado de deferencia, si es que debe haber alguno, de las altas cortes hacia el pueblo?⁸⁰

Em todos os modelos de formação das Cortes Constitucionais trazidos neste trabalho há a presença do viés democrático, porém em nenhum os cidadãos podem escolher os membros desses órgãos de forma direta. A origem desse processo de formação pode estar conectada ao esquema de tripartição dos poderes políticos, ao qual Montesquieu deu origem.

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes

⁸⁰POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Tradução de: Leonardo García Jaramilo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. 17 p.

surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.⁸¹

O autor Luís Roberto Barroso faz o seguinte comentário a respeito da influência de Montesquieu na constituição da organização política dos Estados:

“Divisão de poderes” é um dos conceitos mais complexos da teoria constitucional. Em primeiro lugar, pode-se dizer que o modelo concebido por Montesquieu deu origem a duas visões distintas da função do Judiciário: na tradição do direito consuetudinário, o juiz é a “boca da lei” e está limitado pelo Legislativo; na tradição da common law, o magistrado é o garante da Constituição e impõe limites ao Legislativo. Dito por outras palavras: a recepção de Montesquieu na França pós-revolucionária foi caucionada por um contexto que via no poder dos juizes (em larga medida, vinculados ao ancien régime) o inimigo a ser combatido; para o constitucionalismo americano, ao contrário, a maior ameaça provém das maiorias democráticas (o temor diante da “tirania da maioria”).⁸²

Como apontado no trecho acima, no início os magistrados eram vistos apenas como “bocas da lei”, ou seja, eram responsáveis por interpretar a norma a fim de aplicá-la ao caso concreto que lhe era apresentado, sendo considerados como completamente vinculados as normas pré-existentes.

Por essa razão, o Poder Judiciário desde o início se manteve afastado da necessidade de legitimação dos cidadãos, uma vez que o Poder Legislativo é considerado como verdadeiro poder representante do *povo*.

Contudo, é sabido que os magistrados não podem ser considerados apenas como “bocas da lei”. Na realidade, o que ocorre na prática em muitos casos é a alteração da norma através da jurisdição, na medida em que a aplicação da norma ao fato não é uma equação simples. O Direito envolve também um aspecto valorativo e subjetivo, no qual o magistrado acaba por assumir um papel primordial.

Essa operação aparentemente simples do sistema jurídico – aplicar a norma ao fato – é de enorme complexidade. O princípio do *non liquet*, ou seja, a proibição da denegação de justiça, comporta leituras que conduzem a um paradoxo geralmente omitido pela Teoria do Direito. De uma parte, o sistema jurídico constringe o juiz a decidir com base em seu fechamento operacional (completude e unidade do ordenamento jurídico): isso reforça a imagem do Judiciário como a “boca da lei”. De

⁸¹DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸²BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 30 p

outra parte, contudo, dada a evidente hipersimplificação contida no dogma da completude do ordenamento, a proibição da denegação de justiça garante a abertura do sistema jurídico a uma infundável intérprete, criador e construtor do direito. Com base nisso, Luhman descreve a norma fundamental da atividade dos tribunais como paradoxal: transforma a coação (proibição da denegação de justiça) em liberdade (formulação de um direito judicial); o fechamento (completude do ordenamento) em abertura (o Judiciário deve responder a todas as demandas).⁸³

Assim como os magistrados, as Cortes Constitucionais também sofrem com o paradoxo apresentado por Luhman. Não raras as vezes as Supremas Cortes são obrigadas a decidir sobre questões que não estão inteiramente definidas em lei. Nesses casos há um verdadeiro papel criador do Direito pelas Cortes Constitucionais, no qual esses órgãos utilizam-se de suas prerrogativas para preencher lacunas existentes no sistema jurídico.

Quando os magistrados ou as Cortes Constitucionais criam o Direito, isso afeta a sociedade como um todo. No caso das Supremas Cortes, a repercussão torna-se ainda maior devido a todo o papel social, político e jurídico que dispõem esses órgãos, como comentado anteriormente.

Essas decisões paradigmáticas são tomadas em conjunto pelo membros das Cortes Constitucionais. Sendo que, não há como retirar desses membros o grau de subjetivismo que é inerante ao ser humano ao expor um ponto de vista sobre determinado assunto.

Como aponta Luís Roberto Barroso em sua obra *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, não é sequer devido vincular o julgador a um papel de completa neutralidade:

Uma coisa é reconhecer que os operadores do direito têm valores políticos, origens sociais e hábitos profissionais que condicionam sua visão do sistema jurídico. Outra, muito distinta, é não perceber que as estruturas do direito, inclusive e principalmente seu código e os programas que o implementam, operam dentro de limites que, se estão longe de neutralizar a decisão judicial de qualquer carga ideológica – o que é tanto impossível de ser obtido quando indesejável –, conseguem precisar formas, procedimentos e funções que só o direito é capaz de processar. É isso o que permite observar e descrever as diferenciações informacionais entre direito e política, decisão programada e decisão programante, garantia de expectativas normativas e tomada de decisões coletivamente vinculantes, dentre outras.⁸⁴

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 34 p.

⁸⁴BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 35 p.

Já que não há como remover das decisões o seu grau intrínseco de subjetividade que, de acordo com o citado autor, é inerente a própria sistemática do Direito, não seria mais democrático dar aos cidadãos o poder de escolher os membros que formariam a Suprema Corte?

Ao menos no caso brasileiro, não é raro que os membros da Corte Constitucional exerçam o papel de criadores do Direito.

O Judiciário, com a promulgação da CF/88, viu aumentar sua área de atuação, pois tem sido provocado com mais constância a apreciar políticas públicas e atos legislativos, em razão, sobretudo, da omissão das instituições estatais, das posturas ilegais, do descumprimento a metas constitucionais, bem como dos deveres e dos direitos estipulados pela Carta Magna.⁸⁵

Assim, pode-se asseverar que o Judiciário brasileiro tem assumido papel de poder político. Constantemente, temas polêmicos e desafiadores são debatidos no STF, resultado da legitimação da nova postura do Judiciário nacional. Nele são submetidas a julgamento questões complexas, como fidelidade partidária, pesquisas com células-tronco embrionárias, direito de greve dos servidores públicos, dentre outras de repercussão nacional e internacional.⁸⁶

Em consonância com esse entendimento de que, em certa medida, o ativismo judicial se faz necessário, foi o discurso proferido pelo ministro Celso de Mello no momento da posse do ministro Gilmar Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também

⁸⁵FIGUEREDO, Marcelo. O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: Uma visão geral. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC, 2007. 52 p.

⁸⁶MENEZES, Bruno Paiva. **Ativismo Judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos**. Monografia (especialização) – Curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2013, 15-16 p.

impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (MELLO, 2012)⁸⁷

Dessa forma, a função política exercida pelo Supremo Tribunal Federal, faz com que esse se aproxime do papel exercido pelo Poder Legislativo, na medida em que vêm alterando a forma que as normas são aplicadas na prática.

Essa aproximação da função da Suprema Corte com a do Congresso Nacional, evidencia que o julgador não é apenas um “boca da lei”, sendo necessária uma maior legitimação dada pelo povo, para que as alterações feitas na aplicação das normas sejam mais condizentes com a vontade dos cidadãos.

Nessa esfera, aponta André Ramos Tavares:

Há argumentação doutrinária no sentido de que, “em uma sociedade imersa em um paradigma padrão-democrático, qualquer forma de provimento que não seja pelo voto popular direto torna-se, inexoravelmente, objeto de desconfiança, quando o respectivo cargo importe em tomar decisões que afetarão as relações sociais”.⁸⁸

Todavia, não parece apropriado igualar o processo de formação do Poder Legislativo ao das Cortes Constitucionais. Os representantes do Legislativo são eleitos através do voto, sendo no Brasil realizado de forma direta, secreta e universal, conforme artigo 14 da Constituição da República.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;
II - referendo;
III - iniciativa popular.⁸⁹

Contudo, com relação a formação da Suprema Corte, a escolha de forma direta pela população não seria o modelo mais adequado, uma vez que a política necessita de um consenso mínimo que nem sempre pode ser atingido através de uma decisão judicial.

⁸⁷MENEZES, Bruno Paiva. **Ativismo Judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos**. Monografia (especialização) – Curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2013, 18 p.

⁸⁸TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 28-29.

⁸⁹BRASIL. Constituição (1988), de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Em adição, como aponta Celso Fernandes Campilongo, o Judiciário não pode se omitir dos conflitos que lhe são apresentados, o que poderia gerar um conflito entre o esperado pelo eleitor e as decisões proferidas na prática:

O sistema político depende de um mínimo de consenso. Por isso pode decidir adiar a decisão ou não decidir. Os tribunais não gozam dessa flexibilidade. São obrigados a decidir. Inclusive nos casos em que o consenso não está assegurado. Por isso, o respeito ao contraditório, a ampla liberdade probatória, o dever de fundamentar a decisão, enfim, as garantias do procedimento, são tão caras aos juristas. Por isso, igualmente, os tribunais não podem depender do clamor popular. E muito menos dos apelos do governo. Dito de outro modo: dessa perspectiva – e só dessa perspectiva - convém que os tribunais sejam insensíveis ao consenso e se diferenciem do sistema político.⁹⁰

Adicionalmente, instituir os membros das Supremas Cortes através do voto direto poderia atribuir a eles um papel *demasiadamente* político, os afastando do carácter de tecnicidade esperado na aplicação do Direito.

La idea de democracia constitucional preceptúa sobre todo que una democracia no es un régimen basado en la tiranía de la validez obtenida por apoyo mayoritario, sino que encuentra su fundamento y razón en un principio mayoritario restringido en aras de la consecución de la legitimidad por la necesidad de propender hacia la satisfacción igualitaria de los intereses de todos. La tiranía mayoritaria se distingue radicalmente de la democracia basada en una Constitución (Madison, Hamilton y Jay, 1961).⁹¹

Nesta seara, Celso Campilongo pondera afirmando que quando um Tribunal Constitucional exerce a sua função baseada na técnica jurídica, não se trataria de uma função política. Segundo o autor para que isso ocorra da forma democraticamente desejada, as Cortes Constitucionais deveriam se afastar das pressões externas:

Para garantir expectativas que não se ajustam às desilusões, compete aos tribunais exercer o papel de afirmar o direito, não confirmar o poder. Para isso, devem estar protegidos contra pressões que procuram enfraquecer suas estruturas ou que tentam processar questões que não se amoldam à técnica jurídica. Não é atribuição dos tribunais decidir se o Brasil deve ou não permanecer no Mercosul, se o eleitor deve votar em “A” ou “B”, se determinada lei deve ser reformada ou não. Isto porque sua competência é dizer se um tratado, uma eleição ou uma lei são compatíveis com o ordenamento jurídico. A função política dos tribunais, se quisermos, é a de processar

⁹⁰CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**, São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, 99-100 p.

⁹¹POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Tradução de: Leonardo García Jaramilo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. 18 p.

essas questões em termos jurídicos. Não se trata de função política, visto que operacionaliza, nas democracias, de modo predominantemente técnico.⁹²

Contudo, se houvesse uma eleição para escolher os ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, as pressões externas – que hoje já existem e crescem devido a maior divulgação dos julgamentos proferidos pelo STF nos grandes meios midiáticos – seriam ainda maiores. Haveria entre os novos membros e os seus eleitores uma espécie de *vínculo implícito*, através do qual os ministros poderiam ser influenciados a proferir um julgado de acordo com os anseios daqueles cidadãos, porém se afastando da técnica jurídica necessária. Tal relação entre eleitor e eleito pode ser esclarecida da seguinte maneira:

O direito a voto engendra uma vida política rica, que promove agendas políticas concorrentes e condiciona a vontade dos legisladores de uma forma constante, não apenas no dia da eleição. Ele encoraja o desenvolvimento amplo de formas extra-eleitorais de ação política, embora sem a garantia de que a influência política será distribuída igualmente e se tornará autorizada. Além do mais, ele realça o paradoxo da visão instrumentalista da representação, a qual, por um lado, refere-se à opinião do povo como a fonte de legitimidade e, por outro, sustenta que os representantes tomam decisões boas e racionais conforme se protegem de uma “opinião popular sempre manipulável”.⁹³

As manifestações públicas e possíveis pressões exercidas pelo cidadãos são naturais ao Estado Democrático. No entanto as Cortes Constitucionais devem se manter subsidiárias as deliberações públicas, não ficando limitadas a elas.

Sobre essa questão e acerca do papel da jurisdição constitucional, aponta Luís Roberto Barroso:

A jurisdição constitucional desempenha um papel de grande importância, pois tem como função garantir e promover aquelas condições em caso de violação ou omissão da maioria. Certamente, o ideal é confiar à deliberação pública a justificação das decisões políticas, por motivos tanto de legitimação quanto de racionalização. No entanto, esse potencial legitimador e racionalizador só se manifesta em contextos em que seus pré-requisitos são respeitados. Caso contrário, as cortes constitucionais podem contribuir. Para que sua função antimajoritária não assuma um viés elitista, basta apenas que se restrinja a um papel subsidiário em relação à deliberação pública. É precisamente isso que ocorre quando a jurisdição constitucional concretiza as precondições da deliberação em lugar das maiores parlamentares e, até

⁹²CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**, São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, 98 p.

⁹³URBINATI, Nadia. **O que torna a representação democrática?** São Paulo: Lua Nova, 2006. 204 p. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a07n67>> . Acesso em: 01 jun. 2017.

mesmo, contra elas. Ao fazê-lo, está incrementando o potencial racionalizador da deliberação pública, não assumindo o lugar que assiste à soberania popular.⁹⁴

Em adição, ressalta o autor que uma certa *neutralidade política* é necessária ao funcionamento das Supremas Cortes, na medida em que sem ela, as decisões poderiam ser baseadas em doutrinas particularizadas:

Para isso, no entanto, as cortes constitucionais devem fornecer tão-só razões adstritas ao campo da “neutralidade política”. Se não se restringem a essas razões, justificando suas decisões contramajoritárias a partir de “doutrinas abrangentes particulares”, violam uma das dimensões fundamentais da democracia, que é a atribuição do poder decisório à maioria. Em tal hipótese, de fundamentação abrangente dessas decisões, não há por que continuar cooperando; e a jurisdição constitucional acaba por impossibilitar o que justifica a sua prerrogativa de decidir contramajoritariamente: a continuidade da cooperação democrática. Dessa forma, o problema não reside em definir qual é a principal instituição democrática deliberativa, mas em perquirir quais são as diferenças que a deliberação deve assumir quando se processa nas cortes constitucionais e no espaço público.⁹⁵

Essas “doutrinas abrangentes particulares” comentadas pelo autor podem ser defendidas pelos políticos, já que eles são eleitos pelos cidadãos em razão da sua ideologia e de seu partido político, sendo essas doutrinas legitimadas se obtiverem o apoio da maioria. Contudo, uma vez que não há esse processo de legitimação posterior a uma decisão da Suprema Corte, assim como devem os julgados estar adstritos aos sistema jurídico, os ministros não possuem a mesma liberdade no exercício da sua função, se comparados nesse aspecto a um político.

Vejamos um exemplo conhecido: o do aborto. Podem ser cogitados, para apreciar a constitucionalidade dessa prática, princípios como a vida do feto e autonomia privada da mãe, entre outros. No entanto, existem formas de argumentar com esses princípios que satisfazem a noção de razão pública e outras que não. Quando isso ocorre na esfera pública não estatal, não há problema, visto que ainda não se chegou ao patamar das decisões cujo cumprimento é obrigatório para todos. O mesmo não pode ocorrer, todavia, na deliberação que se opera nas cortes constitucionais. Se um magistrado fundamenta sua decisão contra a constitucionalidade de uma lei que autoriza o aborto em uma concepção bíblica do direito à vida, não está argumentando de acordo com a razão pública, mas, antes sim, de acordo com os padrões de sua doutrina abrangente particular. Consequentemente, as pessoas detentoras de outras doutrinas abrangentes não são capazes de aceitar o argumento, nem de pelo menos, reconhecê-lo como razoável.⁹⁶

⁹⁴BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 72 p.

⁹⁵BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 75 p.

⁹⁶BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 78 p.

Em adição, cabe frisar que:

O desenho institucional traçado pela Constituição de 1988 reserva ao Supremo Tribunal Federal a “última palavra” no circuito decisório formal, que compreenderia os procedimentos de deliberação e de decisão previstos pela Constituição (MENDES, 2010, p. 217). Em razão dessa circunstância, a arena jurídica é palco de resolução de questões moral, social e politicamente relevantes, devido a uma transferência de poder ao Judiciário, hoje autorizado a decidir questões que estavam fora das suas competências.⁹⁷

Por essas razões, apesar do anseio em garantir ao *povo* uma maior influência nas decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, a fim de legitimá-las sob um caráter mais democrático, propor que os membros dessas Cortes sejam eleitos de forma direta pela população não é o mais adequado.

Por outro lado, cabe ressaltar que Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, entende que pode ser necessário que as decisões proferidas se justifiquem mediante a crítica pública: “As próprias decisões proferidas no âmbito da jurisdição constitucional, tendentes à garantia daqueles pré-requisitos, devem se justificar perante a crítica pública.”⁹⁸

3.2. Corte Constitucional e os Poderes Políticos

As Cortes Constitucionais apresentadas neste trabalho possuem relações distintas com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

No processo de formação das Supremas Cortes, nos países como a Itália, Chile, e Colômbia há participação dos três poderes, enquanto que na Alemanha e África do Sul, o Poder Legislativo possui maior destaque no momento da escolha de um novo membro do Tribunal Constitucional.

Apenas no caso do Brasil e dos Estados Unidos da América o poder de escolha de um novo ministro fica tão limitado a decisão do Poder Executivo, possuindo o Poder Legislativo

⁹⁷KOZICKI, Katya; Araújo, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência*, Florianópolis, nº 71, p. 107-132, dez. 2015. 114 p.

⁹⁸BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 73 p.

influência mínima, restrita a *sabatina* do candidato indicado, e o Poder Judiciário fica sem qualquer tipo de influência.

Contudo, apesar da escolha de forma direta dos membros das Cortes Constitucionais pela população não ser o devido, deixar esta decisão incubida ao Chefe do Poder Executivo não se mostra democraticamente desejável.

Em adição, tal situação vai de encontro a teoria do *check and balances*, na qual a distribuição do poder coercitivo do Estado em três formas distintas de poder serviria para evitar abusos dos seus detentores. Em razão disso, a cada poder estatal foi atribuído um papel específico, de modo que possa haver uma fiscalização contínua de um Poder sobre o outro.

Cada poder estatal possui suas atividades principais, típicas, que o diferencia dos demais. O Poder Legislativo, por exemplo, tem como função essencial a elaboração de leis gerais e abstratas. Ao Executivo, de outro lado, entregou-se a tarefa de administrar os negócios do Estado e executar fielmente as diretrizes traçadas pelo legislador através das regras legais. Já o Judiciário aplica o direito ao caso concreto, quando provocado a se pronunciar em situações de conflitos de interesses, dirimindo-os e promovendo, por consequência, a paz social.⁹⁹

Sendo assim, quando pertence ao Poder Executivo a escolha dos Chefes do Poder Judiciário, resta clara a afronta a separação dos poderes. Tal influência do Chefe de Estado em outro poder político, de modo a diminuir a sua independência, foi justamente o que a teoria da separação dos poderes buscou evitar.

No modelo do Estado liberal, ao Legislativo era atribuída a verdadeira função do governo. O Executivo e o Judiciário eram poderes coadjuvantes do protagonismo do Legislativo. No processo de superação do antigo regime absolutista, a tese da divisão dos poderes, com o destaque conferido ao Legislativo, surge como fórmula capaz de atingir os seguintes objetivos: deslocar o centro de decisão política para uma arena na qual a burguesia tinha assento (o Parlamento); impor limites à atuação do monarca, isto é, controlar o Executivo; dotar o Judiciário de uma posição institucional protegida das interferências do sistema político e orientada por critérios decisórios transparentes e previamente conhecidos (certeza jurídica, previsibilidade e garantia das expectativas).

A teoria da “divisão dos poderes”, ao atribuir a cada esfera de atuação do Estado uma missão específica e ao definir os mecanismos internos de operação de cada poder, permite um acréscimo na complexidade e na capacidade de tomada de decisão tanto do Legislativo quanto do Executivo e do Judiciário. A tripartição de poderes desenvolve não só controles recíprocos entre os poderes, mas ainda enfrenta

⁹⁹SOUZA, João Henrique de. A atividade legislativo do Poder Executivo: uma realidade inevitável nas modernas democracias. *Revista da FARN*, Natal, jul. 2004/dez. 2005, 79 p.

o problema da autoinibição de cada Poder. A “legitimidade” das decisões – tomada a expressão num sentido bastante elementar, como fórmula de justificação da obediência e obtenção do consenso – também é reforçada: é “legítimo” um juiz que não se submete (em tese) aos caprichos do soberano e decide com base em critérios racionais e formais; é “legítimo” um juiz que não se submete (em tese) aos caprichos do soberano e decide com base em critérios racionais e formais; é “legítimo” o rei que respeita a lei e está exposto à punição judicial por violação ao Direito; é “legítimo” o legislador que não atua de modo onipotente, mas observa os vínculos que uma estrutura codificada de ordenamento jurídico (com sua inerentes categorias dogmáticas) impõe à produção de textos legislativos.¹⁰⁰

Como exposto, a existência de mais de um poder político surge para que haja um controle entre os detentores das prerrogativas estatais. A possibilidade do Presidente da República de indicar um ministro para o órgão de cúpula do Poder Judiciário, pode afetar o livre exercício desse controle.

Adicionalmente, com relação ao modelo de Corte Constitucional Brasileiro, se mostra contraditório que esse modelo seja fortemente semelhante ao Norte-Americano, tendo em vista as diversas diferenças entre a estrutura do Poder Judiciário Brasileiro se comparado ao Estadunidense.

Inicialmente, como exposto neste trabalho, o sistema jurídico dos Estados Unidos da América é regido pela *common law* enquanto que o do Brasil é regido pela *civil law*. Essa diferenciação afeta toda a dinâmica existente na prática do Direito nesses países.

Nos Estados Unidos os magistrados possuem um grau elevado de liberdade para prolatar sua decisão se comparados aos juízes brasileiros, muito em virtude dos poucos artigos existentes na Constituição Norte-Americana.

Debido a que en los Estados Unidos rige la Constitución más antigua del planeta, promulgada en 1787, y que su sistema de fuentes está basado en los precedentes judiciales, el ordenamiento constitucional puede tender fácilmente a convertirse en juriscéntrico. La Corte Suprema debe solucionar en la actualidad casos complejos a partir de un insumo básico, a saber, los siete artículos de la Constitución y sus veintisiete enmiendas - sobre todo las diez primeras, que constituyen el catálogo de derechos, las cuales fueron aprobadas en 1791-.¹⁰¹

¹⁰⁰CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema político e decisão judicial**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 31-32 p.

¹⁰¹POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Tradução de: Leonardo García Jaramilo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. 16 p.

Por outro lado, a Constituição Brasileira é classificada como analítica, regulando diversas áreas do Estado. Contudo, apesar da influência norte-americana, a intenção inicial era que a Suprema Corte Brasileira exercesse um papel mais limitado do que exerce atualmente:

A influência norte-americana far-se-ia presente também no princípio da separação dos poderes. A Constituição de 1891, em seu artigo 15, determinava que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário eram harmônicos e independentes entre si. Adotando uma linha de autocontenção, a Corte hesitaria em exercer a revisão judicial e, assim, pretenderia não interferir sobre as ações dos demais poderes. A autocontenção judicial, contrária ao ativismo judicial, revelar-se-ia em três ações, reiteradamente adotadas – pelo menos até 1988. Primeiro, o Supremo não aplicaria diretamente as normas constitucionais às situações não previstas expressamente em sua esfera de incidência. Segundo, quando declarava a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, valer-se-ia de critérios hermenêuticos rígidos e conservadores. Por fim, omitia-se da discussão sobre políticas públicas (BARROSO, 2010, p. 9). Decisões em matéria constitucional seriam recebidas como indevida intervenção do direito em áreas exclusivas da política, consagrando a separação dos poderes como uma distribuição estanque de funções (SILVA, 2009, p. 215).¹⁰²

Sendo assim, em razão das prerrogativas que o Supremo Tribunal Federal exerce, e por pertencer ao Poder Judiciário - sendo o órgão mais alto dentro de sua hierarquia- a indicação de um ministro pelo Presidente da República fere o princípio da separação dos poderes, no qual o Estado Brasileiro se funda, assim como afasta a Suprema Corte de ter os seus membros legitimados por critérios mais democráticos.

Concomitantemente, não é atribuição do Poder Executivo criar normas ou definir os limites de sua aplicação, o que torna ilegítima tamanha influência na Corte Constitucional, tendo em vista o seu papel de interpretação e limitação das normas constitucionais. Em adição, a indicação realizada pelo Presidente da República pode ter como função escolher a ideologia a ser aplicada pela Suprema Corte:

Bernard Schwartz *apud* Sergio Augusto Santos Rodrigues (*online*), ao tratar da escolha da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, defende que, *talvez a maior fraqueza, na prática, do sistema de selecionar os juízes federais nos Estados Unidos se encontre no fato de que, muito freqüentemente, o poder presidencial de nomear tenha sido usado para fins políticos... Não se pode esperar que o Presidente nomeie indivíduos, por mais importante que sejam, cujos pontos de vista em questão de política pública sejam radicalmente diferentes do seu próprio. Ele tem obrigações políticas e pessoais que, por serem humanas, procurará cumprir por meio da nomeação para Suprema Corte. Além de ser Presidente ele é o líder de um*

¹⁰²KOZICKI, Katya; Araújo, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**, Florianópolis, nº 71, p. 107-132, dez. 2015. 110 p.

partido político e terá sempre em mente as suas considerações de ordem partidária.
(grifos do autor)¹⁰³

Por outro lado, com relação ao Poder Legislativo, poderia ser aceita uma parcela de influência na formação das Cortes Constitucionais, na medida em que a função desse poder estatal é a representação dos cidadãos, funcionando como órgão mediador entre Estado e sociedade.

A dialética entre as partes e o todo explica a função complexa do arranjo legislativo em um governo representativo, como um órgão mediador entre o Estado e a sociedade. A representação é a instituição que possibilita à sociedade civil (em todos os seus componentes) identificar-se politicamente e influenciar a direção política do país. Sua natureza ambivalente – social e política, particular e geral – determina sua ligação inevitável com a participação.¹⁰⁴

Em países como Alemanha, França e Itália há interferência direta do Poder Legislativo na escolha dos membros das Supremas Cortes, sendo que na Alemanha e na França essa prerrogativa é exercida pelas duas Casas Legislativas. Este modelo permite que o *povo* escolha, através dos seus representantes no Legislativo, o perfil do membro que irá integrar a Corte Constitucional. A indicação quando realizado pelo Poder Executivo não garante a realização dessa mesma função. Apesar dos Chefes do Executivo também serem eleitos, a sua atribuição dentro da tripartição de poderes é diversa da exercida pelo Legislativo, sendo esse último o legitimamente responsável por garantir a representação do *povo* com relação a criação das normas e suas formas de aplicação.

Essa prerrogativa é importante, uma vez que “los jueces, al llevar la Constitución por cuenta de su naturaleza normativa a todas las aéras del derecho, han influenciado de manera directa las relaciones políticas.”¹⁰⁵

Sobre esses representantes políticos, poderia ser feita uma crítica a cerca da relação deles com os partidos políticos, de modo a tentar deslegitimar seu poder de escolha sobre os

¹⁰³LIMA, Allysson Silva. **A nomeação dos ministros do STF: respeito à tripartição dos poderes?** Jus Brasil. Disponível em: <<https://allyssonlima.jusbrasil.com.br/artigos/118688210/a-nomeacao-dos-ministros-do-stf-respeito-a-triparticao-dos-poderes>>. Acesso em: 16 jun. 2017. 12 p.

¹⁰⁴URBINATI, Nadia. **O que torna a representação democrática?** São Paulo: Lua Nova, 2006. 218 p. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a07n67>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

¹⁰⁵POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo.** Tradução de: Leonardo García Jaramilo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. 17 p.

membros das Supremas Cortes. Todavia, como aponta Nadia Urbinati, em seu artigo onde estuda as diversas formas de democracia:

A função dos partidos vai muito além daquela instrumental, de provimento de organização e recursos para a alternância dos quadros políticos e a resolução pacífica dos pleitos por sucessão. Sua função é acima de tudo aquela de “integração da multidão”, unificando as idéias e interesses da população e tornando o soberano permanentemente presente como um agente de influência e supervisão extra-estatais.¹⁰⁶

Dessa forma, a função do Poder Legislativo no processo de escolha dos membros da Corte Constitucional seria garantir que esse membros se coadunam com o almejado pelos cidadãos, e dentro deste processo os partidos políticos discutiriam até que fosse alcançado um consenso mínimo.

Por outro lado, assim como ocorre com a interferência do Poder Executivo atualmente, deixar que os membros do Poder Legislativo escolhessem livremente os ministros da Suprema Corte caracterizaria uma demasiada influência desse poder político no Poder Judiciário.

Ademais, cabe ressaltar que a função do Poder Judiciário em muitos casos é de atender as demandas dos cidadãos que acabam não sendo atendidas através do Parlamento. Sendo assim, se os membros do Poder Legislativo tivessem prerrogativa para escolher os membros da Corte Constitucional livremente, isso poderia fazer com que os membros da Corte Suprema também ficassem impedidos, devido a um partido político ou formação ideológicas, de realizar o papel de atender as demandas do cidadãos de acordo com o Direito.

O ativismo judicial revela aspectos positivos e negativos. Por um lado, o Poder Judiciário estava atendendo demandas do cidadão, cujo acesso à justiça parece mais efetivo do que o acesso ao parlamento. A face negativa do ativismo, curiosamente não dirigida ao Poder Judiciário, estava em desvelar as dificuldades vivenciadas pelo Poder Legislativo.¹⁰⁷

Dessa forma, de modo a impedir que os Poderes Legislativo e Executivo tenham uma parcela de influência na Suprema Corte capaz de evitar que esse órgão exerça a função que lhe é esperada, assim como, por se tratar do órgão de maior hierarquia dentro do Poder

¹⁰⁶URBINATI, Nadia. **O que torna a representação democrática?** São Paulo: Lua Nova, 2006. 221 p. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a07n67>> . Acesso em: 01 jun. 2017.

¹⁰⁷KOZICKI, Katya; Araújo, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**, Florianópolis, nº 71, p. 107-132, dez. 2015. 115 p.

Judiciário, o melhor modelo para o processo de formação das Cortes Constitucionais seria aquele no qual o Poder Judiciário possui maior influência na escolha dos novos membros desse órgão. Nessa perspectiva, a hierarquia maior do Poder Judiciário também seria escolhida pelo próprio, garantindo que as influências externas – ou seja, dos outros poderes – não fosse maior do que a devida.

Contudo, como exposto durante este trabalho, a Suprema Corte além de ser um órgão jurídico também exerce uma função política. Sendo assim, se faz necessário que em alguma medida o Poder Legislativo possua certa influência, sendo essa a suficiente para garantir os interesses de seus eleitores sem abalar a *neutralidade política* mínima necessária a uma Corte Constitucional.

Si el derecho constitucional se enfoca exclusivamente desde la perspectiva de los tribunales, se tiende a perder de vista este aspecto, así como el hecho de que su legitimidade democrática radica, de modo fundamental, en que las sentencias sugen no sólo de estrictos razonamientos judiciales, sino también de interacciones entre el Poder Judicial y las otras ramas del poder público, las asociaciones civiles, los partidos políticos, los organismos de control, los movimientos sociales, la opinión pública, los centros de investigación y el Poder Judicial en su conjunto. A estos escenarios se les debe prestar atención al momento de proferir sentencias ambiciosas o que ejerzan un considerable impacto social. En los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que el diálogo constitucional sera fluido y constante.¹⁰⁸

3.3. Novo modelo para a formação da Corte Constitucional Brasileira

O Supremo Tribunal Federal é regido pelo artigo 101 da Constituição da República:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.¹⁰⁹

Desse modo, os novos membros do STF são escolhidos pelo Presidente da República, ficando pendente a indicação da aprovação do Senado Federal.

¹⁰⁸POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Tradução de: Leonardo García Jaramilo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. 11-12 p.

¹⁰⁹BRASIL. Constituição (1988), de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Como exposto anteriormente, a prerrogativa do Presidente de escolher um novo ministro para a Corte Constitucional Brasileira ofende ao princípio da separação dos poderes. Em adição, a participação do Poder Legislativo é limitada apenas a participação do Senado Federal, o qual possui o papel de aprovar ou não a escolha realizada pelo Chefe do Executivo, contudo o Presidente só faz indicação de uma pessoa, não possuindo o Senado qualquer poder de escolha.

Adicionalmente, os critérios previstos na Constituição da República para basear a escolha feita pelo Presidente são demasiadamente amplos, na medida em que os requisitos de “notável saber jurídico” e “reputação ilibada” são subjetivos, não havendo normatização a fim de torna-los mais concretos.

Por essas razões, é necessário que o modelo atual de formação do Supremo Tribunal Federal seja alterado, com a finalidade de garantir que este órgão seja condizente com o viés democrático no qual se baseia o Estado Brasileiro.

Inúmeras propostas de emendas constitucionais¹¹⁰ tramitam atualmente no Congresso Nacional visando alterar o mencionado artigo constitucional. Contudo, a proposta trazida pelo presente trabalho é que no processo de formação do Supremo Tribunal Federal haja prerrogativas para a escolha de novos membros apenas por parte do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

A fim de garantir a *neutralidade política* necessária ao ministro do STF, os membros dessa Suprema Corte seriam indicados pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, tramita no Congresso Nacional a PEC nº 44/2012, sendo a que mais recentemente colocou em foco a possibilidade de alteração do modo de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁰Como exemplo, pode-se citar a proposta de emenda constitucional nº 44 de 2012, a proposta nº 34 de 2009, e a proposta nº 35 de 2015.

A PEC 44/2012 determina que os ministros do STF passem a ser escolhidos a partir de uma lista sêxtupla, formada por dois indicados pelo Ministério Público Federal, por meio do Conselho Superior do Ministério Público Federal; dois indicados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ); um indicado pela Câmara dos Deputados, por decisão do Plenário da Casa; e um indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do Conselho Federal.¹¹¹

Essa proposta de emenda constitucional prevê que parte dos ministros sejam indicados pelo Judiciário e parte pelo Congresso Nacional.

Todavia, essa livre indicação pelo Congresso Nacional poderia fazer com que esses ministros tivessem algum tipo de vínculo maior com a maioria no Legislativo ou com partidos políticos, comprometendo a neutralidade da Corte Constitucional.

Por essa razão, um melhor modelo de formação da Suprema Corte seria aquele em que o Poder Judiciário indica os ministros através de uma lista, que condizente com outras apresentadas na Constituição da República poderia ser uma lista tríplice ou sextupla, e baseado nessa lista o Congresso Nacional escolhesse o ministro que melhor atendesse aos anseios da população.

De acordo com essa proposta tramita a PEC nº 342 de 2009:

Outra interessante inovação da PEC nº 342, de 2009, é a exigência de que os nomes a serem indicados para o STF sejam escolhidos dentre aqueles constantes de listas tríplices elaboradas 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.¹¹²

A escolha pelo Legislativo ocorreria tanto com a participação do Senado Federal como da Câmara dos Deputados, na medida em que é esta última a constitucionalmente responsável por representar os cidadãos como um todo.

¹¹¹CCJ pode votar proposta que altera forma de indicação de ministros do Supremo. **Senado Notícias**. 27 jul. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/27/ccj-pode-votar-proposta-que-altera-forma-de-indicacao-de-ministros-do-supremo>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹¹²RIBEIRO, R. S. **O Processo de Indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise crítica**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2015. Texto para Discussão nº 174. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 14 jun. 2017.

Por fim, é importante que na Constituição Brasileira haja outros critérios mínimos para a indicação de um ministro do Supremo Tribunal Federal. Como na maioria dos outros países, deve-se exigir a comprovação do conhecimento jurídico, seja através de um tempo mínimo na carreira, ou limitando a indicação àqueles que já atuam no Poder Judiciário, como por exemplo no caso dos países que limitam a indicação aos magistrados, membros do Ministério Público, entre outros.

Ademais, seguir o exemplo da maioria dos países, nos quais o cargo na Suprema Corte possui tempo limitado poderia trazer benefícios para o Brasil. Nesses casos, a Corte Constitucional se renova mais rapidamente, o que pode dar lugar a membros com entendimentos mais atuais. Adicionalmente, nos casos em que os ministros são passíveis de reeleição, seria um modo de influenciar a sua atuação no cargo, uma vez que se ela não fosse condizente com o esperado, poderia fazer com que aquele membro não fosse reeleito, sendo uma espécie de avaliação periódica da atuação da Suprema Corte.

CONCLUSÃO

Foi realizado neste trabalho de monografia uma análise crítica do processo de formação da Corte Constitucional Brasileira, o Supremo Tribunal Federal. Buscou-se apresentar os motivos pelos quais o modelo utilizado atualmente não é o ideal. Sendo assim, baseou-se esse questionamento no conceito de democracia representativa e na teoria da separação dos poderes de Montesquieu. Ademais, foi levado em consideração o cada vez maior ativismo judicial por parte dessas Cortes.

A conclusão a que se chegou foi: para que o processo de formação da Corte Constitucional seja verdadeiramente democrático é necessário que haja a atuação do Poder Legislativo no processo de escolha dos membros desse órgão. Sendo que, esta atuação não deve ser limitada a apenas a aprovação, ou desaprovação, de um único membro previamente indicado, como é realizado pelo Brasil, mas deve o Poder Legislativo possuir prerrogativa suficientes para escolher aqueles que figurarão na Corte Suprema.

Por essa razão, ao final concluiu-se que o Brasil poderia se basear no modelo de Corte Constitucional adotado pela África do Sul, uma vez que nesse país o Parlamento é consultado no momento da indicação de um novo juiz para a Corte Suprema, assim como também há a participação do Poder Judiciário no processo. Em adição, do modelo alemão poderia ser tomado como exemplo o fato de haver indicação dos membros pelas duas Casas do Poder Legislativo.

Como exposto durante este trabalho, a busca por uma maior atuação do Poder Legislativo na formação das Cortes Constitucionais ocorre devido a necessidade de legitimação desse órgão, em virtude das decisões tomadas por ele. Na interpretação das normas constitucionais feita pela Corte Suprema, há um certo grau de subjetividade inerente, na medida em que é impossível afastá-la por completo do julgador. Adicionalmente, a Constituição não prevê todas as hipóteses de conflitos jurídicos cabíveis, não havendo a possibilidade de se resolver a questão judicial apenas através de normas jurídicas. Sendo assim, de modo a se coadunar com o conceito de democracia, no qual o nosso Estado se baseia, é necessário que o *povo* possua certo poder de escolha sobre os membros da Corte Suprema.

Contudo, apesar de necessária a intervenção do *povo* durante o processo de formação das Cortes Constitucionais, entendeu-se durante a presente análise que essa prerrogativa não deveria ser feita de forma direta. Como exposto, através da teoria de Bickel, as Cortes Constitucionais também possuem um papel contramajoritário, qual seja, proferir decisões que possam estar contra a maioria porém a favor do sistema constitucional. Sendo assim, se os membros fossem escolhidos de forma direta pela população, esse papel poderia ficar comprometido. Por essa razão, conclui-se que o *povo* deve exercer a sua prerrogativa de forma indireta, através do Poder Legislativo, uma vez que é a função desse poder representar a opinião dos cidadãos com relação a criação e modo de aplicação das normas.

Por outro lado, em virtude da teoria da separação dos poderes, e por ser o Supremo Tribunal Federal o órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao final compreendeu-se que a sua formação não poderia ser realizada sem que o Judiciário pudesse intervir durante o processo. Dessa forma, foi apresentada uma proposta de modelo de formação para a Corte Constitucional Brasileira, onde haveria prerrogativa na escolha dos membros pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.

No fim, a intenção inicial do presente trabalho foi alcançada ao se sugestionar uma nova forma de indicação e escolha dos membros do STF. A sugestão dada foi que o Poder Judiciário indicasse os nomes para o exercício do cargo por meio de uma lista, podendo esta ser tríplice ou sextupla. A partir dessa lista, o Poder Legislativo, através do Congresso Nacional, escolheria um novo membro para compor a Corte Suprema. Desse modo, seria garantido certo grau de neutralidade política através da indicação do Judiciário, assim como os membros seriam legitimados pela escolha do Legislativo, que representariam os anseios do *povo* com relação a composição da Corte Constitucional. Ademais, seria retirado do Supremo Tribunal Federal a excessiva interferência do Poder Executivo em sua formação, garantindo o respeito a separação dos poderes políticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

46% DA POPULAÇÃO é a favor da pena de morte. **Isto É**, Brasil, 19 out. 2011. Disponível em: <http://istoe.com.br/169547_cni+ibope+46+da+populacao+e+a+favor+da+pena+de+morte>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ADVOGADOS e instituições criticam decisão do STF que permite prisão a partir de 2ª instância. **Migalhas**, 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234128,11049-Advogados+e+instituicoes+criticam+decisao+do+STF+que+permite+prisao+a>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. 09 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/?p=1236>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BICKEL. Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2nd ed. Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Futuro da democracia**. 10. Ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição** (1988), de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargo de declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 608184 - ES. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339908682/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-aresp-608184-es-2014-0294478-0>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC nº 43. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF nº 132. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**, Brasília, 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus*. Execução de pena. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Estado de Rio de Janeiro, Brasília, DF, 4 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em 08 mai. 2017. 9 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**, São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

_____. **Política, sistema político e decisão judicial**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, André. Número de casamentos gays no Brasil cresce 52% em dois anos, diz IBGE. **Uol Notícias**, São Paulo, 24 nov. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/11/24/numero-de-casamentos-gays-no-brasil-cresce-52-em-dois-anos-diz-ibge.htm>>. Acesso em 09 mai. 2017.

CCJ pode votar proposta que altera forma de indicação de ministros do Supremo. **Senado Notícias**. 27 jul. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/27/ccj-pode-votar-proposta-que-altera-forma-de-indicacao-de-ministros-do-supremo>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em 10 jun. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). Emenda constitucional nº 16, de 1868. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_16_\(1913\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_16_(1913))>. Acesso em 10 jun. 2017.

FERRAZ, Anna Cândia da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2ª Edição. Osasco: EdiFIEO, 2015.

FIGUEREDO, Marcelo. O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: Uma visão geral. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC**. Pontífica Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC, 2007.

FILHO TAVARES. Newton. **Tribunais Constitucionais**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e>>

pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2017.

HELCIAS. Ricardo Vasques. Supremas Diferenças. **Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/complemento/brasil/supremas-diferencas/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

KOZICKI, Katya; Araújo, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**, Florianópolis, nº 71, p. 107-132, dez. 2015.

LEITE, Glauco Salomão. A Extensão da Eficácia Erga Omnes e do Efeito Vinculante às Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Difuso pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de Mutação (In)Constitucional. **Revista de Direito Público**, v.6, n. 29, 2009. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1625/954>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

LIMA, Allysson Silva. **A nomeação dos ministros do STF: respeito à tripartição dos poderes?** Jus Brasil. Disponível em: <<https://allyssonlima.jusbrasil.com.br/artigos/118688210/a-nomeacao-dos-ministros-do-stf-respeito-a-triparticao-dos-poderes>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

MARINONI. Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre As Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155.

MENEZES, Bruno Paiva. **Ativismo Judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos**. Monografia (especialização) – Curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2013.

NETO COSTA, João. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? Observatório da Jurisdição Constitucional. **Instituto Brasiliense de Direito Público**. Brasília, Ano 7, nº 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/934/642>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Tradução de: Leonardo García Jaramilo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

RIBEIRO, R. S. **O Processo de Indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise crítica**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2015. Texto para Discussão nº 174. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 14 jun. 2017.

RODRIGUES, Amanda Carolina B.; BARBOSA, Claudia Maria. **Cortes Constitucionais: Um estudo comparado**. Investigação financiada pela Capes e CNJ (Edital 02/2010). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

SILVEIRA, José Neri. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 28-29.

URBINATI, Nadia. **O que torna a representação democrática?** São Paulo: Lua Nova, 2006. 204 p. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a07n67>> . Acesso em: 01 jun. 2017.