

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A SELEÇÃO DOS JUÍZES DAS CORTES
CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
E DO BRASIL FRENTE À TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA
DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO**

MARLON NEGRI

Itajaí-SC, setembro de 2020

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A SELEÇÃO DOS JUÍZES DAS CORTES
CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
E DO BRASIL FRENTE À TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA
DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO**

MARLON NEGRI

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Luciene Dal Ri

Itajaí-SC, setembro de 2020

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, razão de tudo.

Ao **Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina**, pelo constante incentivo ao aperfeiçoamento dos magistrados.

Aos ilustres **Professores da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI**, em especial à eminente **Orientadora Doutora Luciene Dal Ri**, e da **Widener University – Delaware Law School**, pelo apoio e ensinamentos que jamais serão esquecidos.

Aos **Amigos e Colegas** do Curso de Mestrado, notadamente aos *roommates* **João Carlos Franco** e **Karine Santos Levek Franco**, pela parceria e conhecimentos compartilhados durante o árduo, mas gratificante, caminho.

Ao **Povo dos Estados Unidos da América**, pela receptividade e exemplo de consciência da sua identidade nacional.

DEDICATÓRIA

Aos meus amores Divinos e **Filhos** maravilhosos **Luigi**, **Arthur** e **Antônio**, com as escusas pelo tempo que lhes faltei.

Aos meu **Pais Terezinha** e **Jarci**, exemplos para todo o sempre, e à minha **Irmã Cynthia**, pelos constantes auxílios e incentivos.

À minha amada **Heloisa**, pelo seu amor, companheirismo e dedicação aos nossos projetos de vida.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca dele.

Itajaí-SC, setembro de 2020

Marlon Negri

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 21/09/2020, às 14 horas, o Mestrando Marlon Negri fez a apresentação e Defesa da Dissertação, sob o título “A SELEÇÃO DOS JUÍZES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DO BRASIL FRENTE À TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO”.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutora Luciene Dal Ri (UNIVALI) como presidente e orientadora, Doutor Alex Sander Xavier Pires (UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA, UAL, PORTUGAL) como membro, Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) como membro e Doutor Clovis Demarchi (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 21 de setembro de 2020.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	<i>American Bar Association</i>
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo de lei ou resolução
Cap.	Capítulo
CRFB ou CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
D.C.	<i>District of Columbia</i>
Des.	Desembargador
EUA	Estados Unidos da América
Inc.	Inciso
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
Min.	Ministro
n.	número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PPCJ	Programa de Pós-Graduação <i>Stricto Sensu</i> em Ciência Jurídica
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
SCOTUS	<i>Supreme Court of the United States</i>
U.S. ou U.S.A.	<i>United States of America</i>
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
v.	<i>versus</i>

ROL DE CATEGORIAS

Rol das categorias, em ordem alfabética, que o Autor considera essencial à compreensão do trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Ciência da Cultura

As normas constitucionais surgem e são entendidas como processos culturais e explicadas através de textos e contextos.¹

Constitucionalismo

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei.²

Constituição

Ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.³

Cortes Constitucionais

Órgãos judiciais e instituições políticas que, com suas decisões, concorrem para moldar a estrutura administrativa, política e econômica de um país, quando chamada para julgar, com foros de definitividade, os grandes temas de interesse nacional à luz da Constituição.⁴

Democracia

Democracia, em apertada síntese, traduz-se em soberania popular e governo da

¹ MARTINEZ, Pedro Daniel Gonzalez Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. **In: Cuest. Const.** México, n. 27, p. 165-192, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2020.

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87-88.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 52-53.

⁴ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 125.

maioria.⁵

Direito Constitucional

Conjunto de normas fundamentais instituidoras do Estado e regedoras da sociedade, dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema, sendo admissíveis construções que expandem o seu sentido e alcance, com fundamento nos valores compartilhados pela sociedade e respeitados os limites da legitimidade democrática da atuação judicial.⁶

Estado de Direito

Estado ou ordem jurídica em que se viva sob o primado do Direito, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelo menos, as seguintes exigências fundamentais: a) império da lei, esta como expressão da vontade geral; b) divisão de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário; c) atuação da administração em conformidade com a lei, com suficiente controle judicial; e d) garantia jurídico-formal e efetiva realização material dos direitos e liberdades fundamentais.⁷

Hermenêutica Constitucional

Interpretação de uma norma constitucional, atribuindo-lhe significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada.⁸

Interpretação Pluralista

É a realizada não apenas pelos Juízes constitucionais, mas também por cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública.⁹

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87-88.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48-49 e 52.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1200-1201.

⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

Juiz

Integrante do Poder Judiciário encarregado de distribuir Justiça, com a prestação jurisdicional.¹⁰

Poder Judiciário

Um dos poderes que compõem a estrutura estatal, ao lado do Executivo e do Legislativo, com a função primordial de resolver conflitos e decidir a correta aplicação da Constituição e das leis.¹¹

Processo Público

Processo de interpretação constitucional em que estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.¹²

Separação de Poderes

Princípio constitucional necessário à limitação e controle dos poderes do Estado, restando a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania.¹³

Sociedade Aberta

Todos aqueles que vivem a Constituição.¹⁴

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 8. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57.

¹¹ ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

¹² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 13.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 555.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 13.

SUMÁRIO

RESUMO	13
ABSTRACT	14
INTRODUÇÃO.....	15
1 DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE	21
1.1 DEMOCRACIA.....	21
1.2 CONSTITUCIONALISMO	29
1.2.1 Constituição	30
1.2.2 Hermenêutica constitucional	31
1.3 MODELO TEÓRICO DE PETER HÄBERLE	36
1.3.1 A teoria de hermenêutica constitucional de Peter Häberle	41
1.3.1.1 A tese fundamental e os participantes do processo de interpretação constitucional	43
1.3.1.2 Análise da tese desenvolvida e consequências para a hermenêutica jurídica constitucional	48
1.3.1.3 Questionamentos à teoria constitucional	52
1.3.2 Influência no direito brasileiro.....	55
1.3.3 Tribunais constitucionais sob a ótica de Häberle.....	60
2 SISTEMA JURÍDICO-LEGAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A FORMA DE SELEÇÃO DE JUÍZES DA SUPREMA CORTE AMERICANA: FATOS E OBSERVAÇÕES	66
2.1 SISTEMAS JURÍDICOS.....	66
2.2 As origens do Direito Norte-Americano	68
2.3 CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO.....	72
2.4 O PODER JUDICIÁRIO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	75
2.4.1 A Suprema Corte Americana.....	79
2.4.2 O processo de seleção de juízes à Suprema Corte Americana.....	83
2.4.3 Alguns fatos e observações à forma de seleção	88

3 SISTEMA JURÍDICO-LEGAL BRASILEIRO E A FORMA DE SELEÇÃO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO.....	97
3.1 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	99
3.2 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL.....	104
3.2.1 Supremo Tribunal Federal.....	107
3.2.2 Sistema de seleção de juízes do Supremo Tribunal Federal.....	109
3.2.3 Alguns fatos e observações sobre o processo de indicações.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	131
APÊNDICE	138

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e, utilizando-se, por intermédio do método dedutivo, do Direito Comparado, teve como objeto verificar se a forma de seleção dos Juízes da Suprema Corte Americana e do Supremo Tribunal Federal pode contribuir e se efetivamente contribui para a concretização da teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Häberle. Houve o trato de questões afetas à Democracia e ao Constitucionalismo, a exposição da Teoria de Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle, bem como a análise do sistema jurídico-legal dos Estados Unidos da América e do Brasil e do processo de seleção dos Juízes das suas Cortes Constitucionais. Conclui-se que o caminho para a seleção dos Juízes da Suprema Corte Americana tem contribuído mais para a concretização da teoria do jurista alemão do que o percorrido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois naquele há um efetivo controle pelo Senado e o real interesse e a participação da sociedade, da academia, da imprensa e de outros setores organizados.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Hermenêutica. Sociedade Aberta. Processo de Seleção. Juízes.

ABSTRACT

This Dissertation is part of the Constitutionalism and Law Production Research Line of the Master's Program in Legal Science at the University of Vale do Itajaí – UNIVALI and, using the deductive method to Comparative Law, aimed to verify whether the form of Selection of Judges from the American Supreme Court and the Brazilian Federal Supreme Court can contribute and if it effectively contributes to the concretization of the Open Society theory of the Interpreters of the Constitution of Peter Häberle. There was the handling of issues related to Democracy and Constitutionalism, the exposition of Peter Häberle's Theory of Constitutional Interpretation, as well as the analysis of the legal system of the United States of America and Brazil and the selection process of the Judges of his Courts Constitutional. It is concluded that the path to the selection of the American Supreme Court Judges has contributed more to the realization of the German jurist's theory than that followed by the Brazilian Federal Supreme Court, because in that there is an effective control by the Senate and the real interest and participation of society, law professors, the media and other organized sectors.

Keywords: Constitutional Law. Interpretation. Open Society. Selection process. Judges.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, em dupla titulação junto à *Widener University – Delaware Law School*.

O seu objetivo científico, sem a pretensão de esgotar o tema ou se distanciar do seu foco, é perquirir se os processos de seleção dos Juízes para as Cortes Constitucionais dos Estados Unidos da América¹⁵ e do Brasil¹⁶ contribuem para a concretização da teoria de Hermenêutica Constitucional apregoada por Peter Häberle¹⁷ em sua obra “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”.

Com efeito, não se questiona que as Cortes Supremas não se reduzem a simples órgãos judiciários. São muito mais que isso, são instituições políticas que, com suas decisões, concorrem para moldar a estrutura administrativa, política e econômica de um país. A decisão de um magistrado tem efetividade *inter partes* e nos limites de sua competência. A Suprema Corte, de regra, decide para o país e é

¹⁵ *Supreme Court of the United States* (SCOTUS)

¹⁶ Supremo Tribunal Federal (STF)

¹⁷ O Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Peter Häberle é professor titular aposentado de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade de Bayreuth, na República Federal da Alemanha e, atualmente, desempenha as funções de diretor do Instituto de Direito Europeu e Cultura Jurídica Européia, do mesmo centro universitário. Nascido em Göppingen, Alemanha, em 1934, o Professor Peter Häberle estudou nas Universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier (França) e Freiburg. Em sua tese de doutoramento, tratou sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. Seu trabalho como pesquisador foi objeto de numerosas distinções honrosas, entre as quais os títulos de doutor *Honoris Causa* pelas Universidades de Atenas, em 1994, pela Universidade de Granada, em 2002, e pela Pontifícia Universidade Católica do Peru, em 2004. Em 1998, foi contemplado com o prêmio de pesquisa por cooperação internacional do Max Planck Institut (Max-Planck-Forschungspreis für Internationale Kooperation). Sua obra é extensa, compondo-se de centenas de artigos e mais de vinte monografias, com aportes fundamentais para a doutrina constitucional européia e mundial, em diversas obras, como *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1962) (A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais na Lei Fundamental), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem* (1970) (Interesse Público como problema jurídico), *Verfassungsgerichtsbarkeit* (1976) (Jurisdição Constitucional), *Verfassung als öffentlicher Prozess* (1978) (Constituição como Processo Público), *Die Verfassung des Pluralismus* (1980) (A Constituição do pluralismo), *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982) (Teoria da Constituição como ciência da cultura), *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* (1988) (O Homem no Estado Constitucional), dentre outras. Em setembro de 2005, a Universidade de Brasília – UnB concedeu-lhe o título de Doutor *Honoris Causa*, reconhecendo sua contribuição ao desenvolvimento da ciência jurídica e sua crescente influência no Brasil.

chamada para julgar, com foros de definitividade, os grandes temas de interesse nacional.¹⁸

Portanto, não é exagerado afirmar que cada vez mais o Poder Judiciário, depois de ter assumido plenamente sua condição de verdadeiro poder, é chamado a exercer a função de autêntico contra-poder, ou seja, um poder que se coloca na condição de controlador dos demais poderes, zelando não só para que não ultrapassem suas competências, mas também para que cumpram estritamente suas funções constitucionais.¹⁹

Outrossim, o Judiciário se faz imprescindível para a saudável convivência social, zelando para que sejam respeitados os direitos fundamentais dos cidadãos, não só pelo Estado, mas também pelos demais concidadãos.²⁰

Este Judiciário exige um novo magistrado, mais consciente da complexidade do Direito contemporâneo, que não pode ser visto como um subsistema isolado dos demais, pois o fenômeno jurídico mostra suas interfaces com a política, a economia e a sociedade. Os Juízes devem estar comprometidos com o maior valor dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, qual seja, a dignidade da pessoa humana, com direito a um mínimo existencial e ao pleno respeito aos seus direitos fundamentais.²¹

Assim, paralelamente à questão do papel da magistratura, porém, estreitamente relacionado com ele, coloca-se o problema do modo de selecionar os Juízes das Cortes Constitucionais.

Os métodos têm variado muito através da história e ainda hoje se pode

¹⁸ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.

¹⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. O Protagonismo do Judiciário no Mundo Contemporâneo e Algumas de suas Razões. *In: Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 1, p. 89-132, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3268/2050>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. O Protagonismo do Judiciário no Mundo Contemporâneo e Algumas de suas Razões. *In: Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 1, p. 89-132, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3268/2050>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²¹ Sobre o tema: DAL RI, Luciene.; CATTANI, Marcos José Campos. O Positivismo Jurídico em Bobbio e a Democracia como o 'governo do poder visível'. *In: Revista Justiça Do Direito*, 29(2), 271-293. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v29i2.5591>. Acesso em: 30 ago. 2020.

verificar que existe grande diversidade, em função de inúmeros fatores. Sem descuidar que as formas de seleção têm relação muito próxima com o papel que se atribui aos Juízes das Cortes Constitucionais, elas dependem também de circunstâncias políticas e das peculiaridades do Sistema Jurídico. Pode-se discutir a conveniência de adotar um ou outro método, levando em conta vários parâmetros, como a possibilidade de obter decisões mais perfeitas tecnicamente ou, em lugar disso, mais representativas da concepção de justiça predominante no povo, como se pode também avaliar os Juízes por sua capacidade de assegurar a continuidade da política do governo ou, então, de contribuir para o progresso social no sentido da justiça.²²

Em sua obra “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”, Peter Häberle propugna, em linhas gerais, pela adoção de uma Hermenêutica Constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada Sociedade Aberta, isto é, diante do papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, defende Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um legítimo Intérprete e a interpretação constitucional dos Juízes, ainda que importante, não é e nem deve ser a única. Ao contrário, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.²³

A ampliação do círculo de Intérpretes constituiria, para Häberle, além de uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, a democratização da interpretação constitucional ou, nas suas palavras, a Hermenêutica Constitucional da Sociedade Aberta.²⁴

Está claro, porém, que, num Estado Democrático de Direito, a jurisdição

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

²³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

²⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

constitucional é inafastável. Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político e a Constituição o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá de arbitrar os inevitáveis conflitos entre os fatores reais de poder, afinal, no âmbito da sociedade política, se ninguém pode dizer o que é justo, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é jurídico, até porque, a esta altura da História, parece incogitável abandonar o Estado de Direito e retornar à lei do mais forte.²⁵

Nos Estados Unidos da América e no Brasil o processo formal de seleção dos Juízes das Cortes Constitucionais respectivas é praticamente idêntico: Presidente da República faz a indicação do nome, que é submetido à aprovação pelo Senado e, enfim, nomeado pelo Presidente da República.

Apesar da similitude da forma, é preciso verificar se os processos implementados em ambos os países podem contribuir e, caso positivo, se efetivamente contribuem, de alguma forma, para a concretização da teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição defendida por Peter Häberle.

Para a pesquisa, destarte, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) a forma de seleção dos Juízes da Suprema Corte Americana e do Supremo Tribunal Federal, apesar de menos democráticas do que em outros sistemas, pode contribuir para a concretização da teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição defendida por Peter Häberle, mediante, ao menos, o efetivo controle pelo Senado e o real interesse da sociedade, da academia, da imprensa e de outros setores organizados, proporcionais à relevância do cargo;

b) o processo de seleção dos Juízes da Suprema Corte Americana tem contribuído mais para a concretização da teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição defendida por Peter Häberle do que o ocorrido para o Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois naquele, ao contrário deste, o Presidente geralmente se sente compelido a melhorar as práticas de seu antecessor e, em particular, a evitar

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 133.

erros anteriores, bem como conta com o efetivo controle pelo Senado e com o interesse e participação da sociedade, da academia, da imprensa e de outros setores organizados, revelando Juízes que, ao longo do tempo, demonstraram um notável grau de senso constitucional comum para manter a mistura de continuidade e mudança que constitui a condição desejável à estabilidade nos processos governamentais básicos de uma Democracia.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com o trato de questões afetas à Democracia e ao Constitucionalismo, bem como com a exposição da Teoria de Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle, inclusive sua influência no Brasil.

A partir do primeiro capítulo foram abordados os sistemas estadunidense e brasileiro no segundo e terceiro capítulo, buscando a averiguação do problema e das hipóteses de pesquisa.

Para ser mais específico, o Capítulo 2 versa sobre o sistema jurídico-legal dos Estados Unidos da América, a história e o Constitucionalismo Estadunidense, seu Poder Judiciário, a Suprema Corte Americana e a forma de seleção de seus Juízes.

O Capítulo 3, por seu turno, dedica-se a cuidar do sistema-jurídico legal do Brasil, do seu Constitucionalismo, do Poder Judiciário brasileiro, do Supremo Tribunal Federal, do processo de seleção dos ministros e de uma análise da matéria frente à teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição defendida por Peter Häberle.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o assunto em voga.

Por intermédio do Método Dedutivo, será usado o Direito Comparado para o estudo acerca do problema de pesquisa, especialmente quanto às formas de seleção do Juízes da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal

brasileiro, para que se possa verificar a confirmação ou não das hipóteses.²⁶

As Técnicas de investigação foram definidas pelo mestrando e por sua orientadora, em consideração aos parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, e mencionadas aqui, com a indicação das fontes que foram efetivamente utilizadas para compor a Dissertação.

Nesta Dissertação as Categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus Conceitos Operacionais são apresentados em glossário inicial.

²⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14. ed. rev. atual. e amp., Florianópolis: EMais, 2018. p. 94-95.

CAPÍTULO 1

DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

1.1 DEMOCRACIA

A ideia de Democracia, na atualidade, é universalmente popular. Grande parte dos regimes reivindicam algum tipo de direito ao título de “Democracia” e, aqueles que não o fazem, insistem que seu exemplo particular de governo não democrático estaria num estágio necessário no caminho para a “Democracia” definitiva. Hoje, paradoxalmente, até mesmo ditadores parecem crer que um fator indispensável de sua legitimidade é uma ou duas pitadas da linguagem da Democracia.²⁷

Pode até soar perverso que essa expansão global sem precedentes históricos na aceitabilidade das ideias democráticas possa não ser totalmente bem-vinda aos defensores da Democracia. Todavia, um termo que significa qualquer coisa, não significa nada. Assim ocorreu com a “Democracia”, que atualmente não é tanto um termo de significado restrito e específico, quanto um vago endosso de uma ideia popular.²⁸

A Democracia se desenvolveu ao longo de milhares de anos e se origina de várias fontes. O que se entende por Democracia não é o mesmo que um ateniense no tempo de Péricles entenderia. As noções grega, romana, medieval e renascentista misturam-se com as noções de séculos posteriores e geram um emaranhado de teorias e práticas quase sempre profundamente incompatíveis entre si, do qual surgem problemas que parecem não ter nenhuma solução definitiva.²⁹

²⁷ DAHL, Robert A. **A Democracia e seus Críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 2.

²⁸ DAHL, Robert A. **A Democracia e seus Críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 2-3.

²⁹ DAHL, Robert A. **A Democracia e seus Críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 3.

Robert Alan Dahl³⁰, por sua vez, ao tentar responder o que é Democracia, identifica pelo menos cinco critérios a que um governo teria de corresponder para satisfazer a exigência de que todos os membros estejam igualmente capacitados a participar nas decisões sobre sua política, ou seja, para que se trate de um processo efetivamente democrático, a saber:

- *Participação efetiva.* Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre a qual deveria ser essa política.
- *Igualdade de voto.* Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.
- *Entendimento esclarecido.* Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.
- *Controle do programa de planejamento.* Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.
- *Inclusão dos adultos.* Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, esse critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos por que devemos tratar os outros como nossos iguais políticos.³¹

O autor ainda apregoa que a Democracia proporciona oportunidades para participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, exercer controle definitivo do planejamento e a inclusão dos adultos, e que cada um dos critérios acima indicados é necessário, se os membros (por mais limitado que seja seu número) forem politicamente iguais para determinar as políticas da associação, ou seja, quando qualquer das exigências é violada, os membros não serão

³⁰ Autor de vasta obra, Roberto Alan Dahl é um dos mais importantes cientistas políticos do pós-guerra. Destaca-se, sobretudo, por suas reflexões teóricas sobre a democracia contemporânea. Sem risco de exagero, é possível afirmar que Dahl contribuiu decisivamente para definir os contornos do que hoje se entende por democracia.

³¹ DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 49-50.

politicamente iguais.³²

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, ensina que, de um modo mais informativo, uma definição mínima de Democracia implica: a) participação de um número tão elevado de cidadão quanto possível; b) regra da maioria para a tomada de decisões coletivas e vinculantes; c) existência de alternativas reais e sérias que permitam opções aos cidadãos de escolher entre governantes e programas políticos; d) garantia de direitos de liberdade e participação política.³³

Uma Democracia em grande escala exige funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes, liberdade de expressão, fontes de informação diversificadas, autonomia para as associações e cidadania inclusiva, ou melhor, resumindo, as instituições políticas do moderno governo democrático são:

- *Funcionários eleitos.* O controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos.
- *Eleições livres, justas e frequentes.* Funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes e justas em que a coerção é relativamente incomum.
- *Liberdade de expressão.* Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalecente.
- *Fontes de informação diversificadas.* Os cidadãos têm o direito de buscar fontes de informação diversificadas e independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins.
- *Autonomia para associações.* Para obter seus vários direitos, até mesmo os necessários para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, como também partidos políticos e grupos de interesse.
- *Cidadania inclusiva.* A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito a suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas.³⁴

³² DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 50.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1418.

³⁴ DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de

Normalmente, tais instituições não chegam de uma só vez num país. Apenas para se ter uma ideia, na época em que o francês Alexis de Tocqueville visitou os Estados Unidos em 1830, as primeiras cinco instituições políticas democráticas descritas alhures já havia aparecido na América do Norte e, estavam tão profundamente enraizadas e disseminadas, que ele não hesitou em se referir aos Estados Unidos como uma Democracia, pois, naquele país, dizia ele, a “sociedade se governa por si mesma” e o poder da maioria era ilimitado.³⁵ Não obstante, faltava a sexta instituição fundamental – até mesmo a cidadania, especialmente o sufrágio universal.³⁶

As instituições do moderno governo representativo são historicamente únicas, por isso, para Dahl, devem receber nome próprio, que ele chamou de *poliarquia*³⁷, isto é, uma Democracia poliárquica é um sistema político dotado das seis instituições democráticas listadas anteriormente.³⁸

A Democracia também é um valor fundamental das Nações Unidas. A ONU apóia a Democracia promovendo os direitos humanos, o desenvolvimento, a paz e a segurança. Nos 75 anos desde que a Carta das Nações Unidas foi assinada, a ONU fez mais para apoiar a Democracia em todo o mundo do que qualquer outra organização global. A ONU promove a boa governança, monitora eleições, apóia a sociedade civil no fortalecimento das instituições democráticas e da responsabilidade, garante a autodeterminação em países descolonizados e auxilia na elaboração de novas constituições em nações pós-conflito. As atividades das Nações Unidas em apoio à Democracia são realizadas por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Fundo das Nações Unidas para a Democracia (UNDEF), o Departamento de Operações de Paz (DPO), o Departamento de Assuntos Políticos e de Consolidação da Paz (DPPA), o Escritório do Alto Comissariado para os Direitos

Brasília, 2001, p. 99-100.

³⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Vol. 1. Nova York: Schocken Books, 1961, p. 51.

³⁶ DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 100, 102-103.

³⁷ Para aprofundamento sobre o tema: DAHL, Robert. A. **Poliarquia: participação e oposição**. Prefácio Fernando Limongi. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

³⁸ DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 100, 102-103. p. 104.

Humanos (OHCHR) e a Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento da Mulher (ONU Mulheres), entre outros.³⁹

Aliás, quando os fundadores das Nações Unidas redigiram a Carta das Nações Unidas, eles não mencionaram a palavra Democracia. Em 1945, muitos dos Estados-Membros da ONU não endossavam a Democracia como sistema ou não a praticavam. No entanto, as palavras de abertura da Carta, “Nós, os povos”, refletem o princípio fundamental da Democracia – que a vontade do povo é a fonte de legitimidade dos Estados soberanos e, portanto, das Nações Unidas como um todo. A ONU não defende um modelo específico de governo, mas promove a governança democrática como um conjunto de valores e princípios que devem ser seguidos para maior participação, igualdade, segurança e desenvolvimento humano. A Democracia oferece um ambiente que respeita os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e no qual a vontade livremente expressa das pessoas é exercida. As pessoas têm voz nas decisões e podem responsabilizar os tomadores de decisão. Mulheres e homens têm direitos iguais e todas as pessoas estão livres de discriminação.⁴⁰

Esses valores estão incorporados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ele projeta o conceito de Democracia ao afirmar que “a vontade do povo será a base da autoridade do governo”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos os desenvolve ainda mais e estabelece a base jurídica para os princípios da Democracia no direito internacional. Abrange, por exemplo, a liberdade de expressão, o direito de reunião pacífica e o direito à liberdade de associação com outras pessoas. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres estipula que suas 189 partes contratantes devem tomar todas as medidas apropriadas para garantir que as mulheres possam votar e se candidatar às eleições e participar na vida pública e na tomada de decisões, inclusive em nível internacional.⁴¹

³⁹ ONU. Organização das Nações Unidas. **Democracy**. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/issues-depth/democracy/index.html>. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁴⁰ ONU. Organização das Nações Unidas. **Democracy**. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/issues-depth/democracy/index.html>. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁴¹ ONU. Organização das Nações Unidas. **Democracy**. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/issues-depth/democracy/index.html>. Acesso em: 19 nov. 2020.

Desde 1988, a Assembleia Geral da ONU adota pelo menos uma resolução por ano tratando de algum aspecto da Democracia. Em 2015, os líderes mundiais comprometeram-se na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável com um mundo em que “a Democracia, a boa governança e o Estado de Direito, bem como um ambiente favorável em nível nacional e internacional, são essenciais para o desenvolvimento sustentável”. A Agenda reafirmou os compromissos assumidos anteriormente na Cúpula Mundial de 2005 e na Declaração do Milênio.

Os valores da liberdade, o respeito pelos direitos humanos e o princípio da realização de eleições periódicas e genuínas por sufrágio universal são elementos essenciais da Democracia para a ONU. Por sua vez, a Democracia oferece um ambiente para a proteção e a realização efetiva dos direitos humanos.

Por vários anos, a Assembleia Geral das Nações Unidas e a antiga Comissão de Direitos Humanos se esforçaram para recorrer a instrumentos internacionais de direitos humanos para promover um entendimento comum dos princípios e valores da Democracia. Como resultado, em 2000, a Comissão recomendou uma série de medidas legislativas, institucionais e práticas para consolidar a Democracia. Além disso, em 2002, a Comissão declarou os seguintes elementos essenciais da democracia: respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais; liberdade de associação; liberdade de expressão e opinião; acesso ao poder e seu exercício de acordo com o Estado de Direito; a realização de eleições livres e justas periódicas por sufrágio universal e por voto secreto como expressão da vontade do povo; um sistema pluralista de partidos e organizações políticas; a separação de poderes; a independência do Judiciário; transparência e responsabilidade na administração pública; e mídia livre, independente e pluralista.⁴²

De outro lado, assim como a Democracia vem em tamanhos diferentes, as constituições democráticas vêm em estilos e formas variados.

A título de exemplo, a ideia de Estado Democrático de Direito, estampada

⁴² ONU. Organização das Nações Unidas. **Democracy**. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/issues-depth/democracy/index.html>. Acesso em: 19 nov. 2020.

no art. 1º da Constituição brasileira⁴³, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: Democracia e Constitucionalismo. Democracia, em apertada síntese, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Constitucionalismo, por sua vez, significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). Entre eles podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição.⁴⁴

Isso porque a Constituição de um Estado Democrático de Direito tem duas funções principais: a) compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que não podem ser afetados por maiorias políticas ocasionais; e b) cabe à Constituição garantir espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. Tanto não significa dizer que tais circunstâncias implicam em supressão da deliberação legislativa majoritária, mesmo porque têm-se vários exemplos em constituições de que determinadas decisões políticas fundamentais do constituinte originário são intangíveis (cláusulas pétreas), enquanto outras são passíveis de alterações, a revelar que, longe de serem conceitos antagônicos, Democracia e Constitucionalismo são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo.⁴⁵

Enfim, aquilo que tem o nome de Democracia ou de Estado Democrático de Direito está ainda em construção. É preciso, porém, que a Democracia formal se

⁴³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87-88.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89-90.

torne substancial, real, efetiva e concreta.⁴⁶

Com efeito, a Democracia não pode assegurar que seus cidadãos sejam felizes, prósperos, saudáveis, sábios, pacíficos ou justos. Na prática, a Democracia jamais correspondeu a seus ideais, padecendo, como tantas alternativas anteriores de se atingir um governo mais democrático, de muito defeitos. Não obstante, os benefícios dela decorrentes a tornam muito mais desejável que qualquer alternativa, a saber:

- A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos.
- A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar).
- A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável.
- A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas.
- Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha.
- Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral.
- A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável.
- Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política.
- As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras.
- Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não democráticos.⁴⁷

A visão do processo democrático, portanto, iria até o limite das possibilidades humanas e talvez mais além. Ela é uma visão de um sistema político cujos membros veem uns aos outros como iguais políticos, são coletivamente soberanos e possuem todas as capacidades, recursos e instituições de que necessitam para governar a si mesmos.⁴⁸

⁴⁶ NUNES, Rizzatto. **Manual de Filosofia do Direito**. 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 123.

⁴⁷ DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 100, 102-103. p. 73-74.

⁴⁸ DAHL, Robert A. **A Democracia e seus Críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da

A ideia de que o processo democrático é superior a outros modos viáveis de governo é confirmada, segundo Dahl, em pelo menos três pontos. Em primeiro lugar, ele promove a liberdade como nenhuma outra alternativa viável consegue fazer: liberdade sob a forma da autodeterminação individual e coletiva; liberdade no grau de autonomia moral que ele encoraja e permite; além disso, ele promove um amplo espectro de outras liberdades mais específicas que são inerentes ao processo democrático, constituem pré-requisitos necessários de sua existência ou existem porque, como a história demonstra, as pessoas que apoiam a ideia e a prática do processo democrático tendem a apoiar generosamente outras liberdades também. Em segundo lugar, o processo democrático promove o desenvolvimento humano, acima de tudo na capacidade de exercer a autodeterminação, a autonomia moral e a responsabilidade pelas próprias escolhas. Finalmente, ele é o meio mais certo (ainda que não seja perfeito, em absoluto) para que os seres humanos possam proteger e promover os interesses e bens que compartilham entre si.⁴⁹⁵⁰

1.2 CONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos. O conceito de Constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor, sendo, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da Democracia ou a teoria do liberalismo. Ainda, numa acepção histórico-descritiva, fala-se em Constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos, político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.⁵¹

O termo Constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário

tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 495.

⁴⁹ DAHL, Robert A. **A Democracia e seus Críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 495.

⁵⁰ Winston Churchill, em discurso na Casa dos Comuns, em 11 de novembro de 1947, disse, ironicamente, que “A democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos (Tradução livre). Texto original: “Democracy is the worst form of government except from all those other forms that have been tried from time to time”..

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 51-52.

político e jurídico do mundo, datando de pouco mais de duzentos anos. Não obstante, as ideias centrais abrangidas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, especialmente ao ambiente da *polis* grega, por volta do século V a.C. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei, sugerindo, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária e verdadeira, pois não basta a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, ou seja, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários.⁵²

Aliás, em um Estado Constitucional existem três ordens de limitação de poder: as limitações materiais, consistentes em valores básicos e direitos fundamentais que não devem ser preservados; estrutura orgânica exigível, consubstanciada nas funções de legislar, administrar e julgar, que devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*); e as limitações processuais, no sentido de que os órgãos de poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental como de natureza substancial.⁵³

1.2.1 Constituição

O Constitucionalismo moderno, como se viu, legitimou o aparecimento da chamada Constituição moderna, que consiste na ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Por seu turno, o conceito histórico de Constituição é o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social.⁵⁴

De outra banda, Peter Häberle defende a Constituição como processo

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4-5.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5-6.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 52-53.

público, isto é, longe de ser um estampido ou detonação originária que começa na hora zero, a constituição escrita é, como ordem-quadro da república, uma lei necessária, mas fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação, do que decorrer, por outro lado, que a verdadeira Constituição será o resultado – sempre temporário e historicamente condicionado – de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade.⁵⁵

Canotilho, no entanto, ao fazer o balanço crítico da teoria do jurista alemão, opõe-lhe a ressalva de que, caracterizada como processo, a Constituição apresenta um elevado déficit normativo, pois, a pretexto de abertura e de existencialismo atualizador do pluralismo, o que se tem, em verdade, é a dissolução da normatividade constitucional na política e na interpretação, faltando pouco para se concluir que legiferação constituinte e interpretação constitucional são uma só e mesma coisa.⁵⁶

1.2.2 Hermenêutica constitucional

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Nessa perspectiva, Canotilho sugere três dimensões importantes da interpretação da Constituição: 1) interpretar a Constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; 2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade – atividade complexa – que se traduz fundamentalmente na adscrição de um significado a um enunciado ou disposição linguística (texto da norma); e 3) o produto do ato de interpretar é o significado atribuído.⁵⁷

A Hermenêutica é o campo da filosofia que estuda a linguagem e a compreensão de mundo que ela propicia. Hermenêutica é um termo que pode ser entendido como interpretação. A preocupação da hermenêutica foi como dizer, como

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1200-1201.

explicar, como interpretar outros textos. É a linguagem explicada pela linguagem. Por isso, é uma área do conhecimento tão cara ao direito, pois, a partir de uma interdisciplinariedade, é possível conjugar os dois saberes para garantir a autonomia do direito em termos de consistência, coerência e integridade.⁵⁸

A interpretação da Constituição é parte extremamente fundamental do Direito Constitucional, vez que o emprego de novos métodos de hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional.⁵⁹

Para tanto, tem-se um conjunto de métodos e de princípios, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que confirma o caráter unitário da atividade interpretativa.⁶⁰

Quanto aos métodos de que se utilizam os Intérpretes e aplicadores da Constituição, são fundamentalmente o método jurídico ou hermenêutico-clássico; o tópico-problemático; o hermenêutico-concretizador; o científico-espiritual; e o normativo-estruturante, os quais, adianta-se, embora disponham de nomes próprios, em rigor não constituem abordagens hermenêuticas autônomas, mas simples concretizações ou especificações, no âmbito do Direito Constitucional, do método da compreensão como ato gnosiológico comum a todas as ciências do espírito.⁶¹

O método jurídico, na lição de Canotilho, parte da consideração de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei, portanto, interpretar a Constituição é interpretar uma lei, por isso, utiliza-se das regras tradicionais de hermenêutica,

⁵⁸ SERRAGLIO, Priscila Zilli; ZAMBAM, Neuro José. *Hermenêutica e constitucionalismo contemporâneo. In: Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 30 ago 2020.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 458.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 97.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

articulando-se e complementando-se, para revelar o seu sentido, os mesmos elementos – genético, filosófico, lógico, histórico e teleológico – que são levados em conta na interpretação das leis, em geral.⁶²

O método tópico-problemático, por seu turno, é um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de Intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto, valendo destacar que a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas.⁶³ Aliás, outro não é o propósito de Peter Häberle quando afirma que se deve abrir a sociedade dos Intérpretes da Constituição, para que a sua leitura, até hoje restrita às instâncias oficiais, se faça em perspectiva pública e republicana, pois, afinal, aquele que “vive” a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, co-interpretá-la, e toda atualização da Constituição, por meio de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.⁶⁴

O método hermenêutico-concretizador parte da ideia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do Intérprete, a quem compete concretizar a norma a partir de uma dada situação histórica, que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a seu exame, para que ele resolva à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça.⁶⁵

As premissas básicas no chamado método científico-espiritual fundamentam-se na necessidade de a interpretação da Constituição ter em conta as bases de valoração subjacentes ao texto constitucional, bem como o sentido e a realidade da Constituição como elemento do processo de integração.⁶⁶

Por fim, o método normativo-estruturante parte da premissa de que existe

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1210-1211.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1211-1212.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102-103.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1212.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1212-1213.

uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, sendo uma vinculação tão estreita que a própria normatividade, tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento e, assim, tornar eficazes os seus propósitos normalizadores.⁶⁷

Os princípios de interpretação, à semelhança dos métodos interpretativos, também devem ser aplicados conjuntamente. Tais princípios, para a maioria dos autores, são os da unidade da constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição e da máxima efetividade. Afora esses princípios, tem-se, ainda, apesar de não estarem ligados exclusivamente à exegese constitucional, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o da interpretação conforme a Constituição e o da presunção de constitucionalidade das leis, sendo o primeiro um princípio de ponderação, que se reputa aplicável ao direito em geral, enquanto os dois últimos são utilizados essencialmente no controle de constitucionalidade das leis.⁶⁸

Os Estados Unidos da América, cuja Constituição é muito rígida e já completou dois séculos de existência, proporcionam um modelo idôneo de documento formal inspirado e alicerçado na vontade popular, que viu florescer entre os seus juristas boas doutrinas de interpretação constitucional, frutos de comprovada experiência que sempre se renova, com princípios enraizados em um admirável sistema de liberdade e garantia dos direitos humanos.⁶⁹

Não obstante, o Direito Constitucional provoca muitas controvérsias no sistema político americano. Isso porque, em parte, o Direito Constitucional é uma luta sobre quais valores devem predominar em uma sociedade. Nesse passo, existem algumas teorias ou métodos de interpretação constitucional, cada qual com seus pontos fortes e suas fraquezas, mas que acabam por refletir, até certo ponto, os

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 106.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 467.

valores das pessoas que as adotam.⁷⁰

Há a *intenção original*, assim entendida como a doutrina interpretativa pela qual os Intérpretes da Constituição têm apenas um caminho a seguir: a intenção dos constituintes. Tem-se, ainda, a doutrina do *interpretivismo*, que é intimamente relacionada com a da *intenção original* e sustenta que as pessoas que escreveram a Constituição selecionaram princípios que consideram fundamentais e os incorporaram na redação, como o *Bill of Rights*, a ponto de serem protegidos da regra da maioria, ou seja, somente pela aprovação de emendas constitucionais, que exigem maioria qualificada, é que tais princípios fundamentais poderiam ser alterados. A tarefa dos Juízes, então, é aplicar esses princípios fixos e vinculantes reconhecidos pelos constituintes aos novos fatos surgidos ao longo do tempo. Por fim, há a doutrina do *não-interpretivismo*, segundo a qual os constituintes nunca objetivaram criar uma Constituição congelada para sempre no século dezoito. Eles queriam uma “Constituição viva” que duraria para sempre, adaptável e flexível, portanto, às necessidades da geração atual de americanos.⁷¹

O saudoso Ministro da Suprema Corte Americana, Antonin Scalia, em sua obra *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*⁷², critica o fato dos estudantes americanos, ainda no primeiro ano da faculdade de Direito, sofrerem um grande impacto em suas mentes, isto é, uma espécie de renascimento intelectual na forma de perceber e pensar o Direito. Eles aprendem o Direito sem estudar os estatutos que o amparam ou tratados que o resumem, mas sim estudando as opiniões judiciais inventadas pelos Juízes e distinguindo os precedentes, que seria o famoso método da jurisprudência.⁷³

⁷⁰ CALVI, James V.; COLEMAN, Susan L. **American Law and Legal Systems**. 8. ed., New York: Routledge, 2017, p. 150.

⁷¹ CALVI, James V.; COLEMAN, Susan L. **American Law and Legal Systems**. 8. ed., New York: Routledge, 2017, p. 152-155.

⁷² Consiste em uma palestra sobre interpretação constitucional proferida na Universidade de Princeton pelo Ministro Scalia do Supremo Tribunal; comentários sobre a palestra de Gordon Wood, Lawrence Tribe, Mary Ann Glendon e Ronald Dworkin; e respostas de Scalia aos seus críticos. O intercâmbio entre Scalia, por um lado, e Dworkin, por outro, expõe duas maneiras nitidamente contrastantes de olhar para a Constituição.

⁷³ SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. With commentary by Amy Gutmann. Princeton: Princeton University Press, 1997. p. 3-4.

A imagem do grande Juiz, portanto, seria daquele que possui a inteligência para discernir o melhor direito para o caso em questão e, em seguida, a habilidade para atravessar a estrada esburacada dos casos anteriores e deixá-lo livre para impor essa regra. Essa imagem do grande Juiz permanece com o ex-estudante de direito quando ele próprio se torna um Juiz, dessa forma, tal tradição do *Common Law* é passada adiante. Ocorre que a lei feita pelo Juiz é uma lei *ex post facto*, portanto, injusta.⁷⁴

O ato não é proibido pela lei, mas torna-se nulo por construção judicial. A legislatura não poderia efetuar isso, pois a Constituição proíbe. O Judiciário não pode usurpar o poder do legislativo, no entanto, não só usurpa, mas também acaba por fugir para além dos limites do poder legislativo. A lei feita por Juízes é uma legislação especial. O Juiz é humano e sente o preconceito que a coloração do caso particular dá. Se ele deseja decidir o próximo caso de forma diferente, ele só tem de distinguir e, assim, fazer uma nova lei. A legislatura deve agir de acordo com pontos de vista gerais e prescrever de uma só vez para toda uma classe de casos.⁷⁵

1.3 MODELO TEÓRICO DE PETER HÄBERLE

A Constituição e a Teoria Constitucional – assim como a teoria da interpretação constitucional – sofreram muitas transformações ao longo do tempo, principalmente desde o Constitucionalismo democrático e sua preocupação com regulamentos e garantia de direitos fundamentais, entendidos como elementos vinculativos e basilares da ordem jurídica em sua totalidade.⁷⁶

Ao longo de seu extenso trabalho acadêmico-doutrinário, Peter Häberle estuda problemas constitucionais com uma visão antropológica⁷⁷ e propõe um modelo

⁷⁴ SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law.** With commentary by Amy Gutmann. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 9.

⁷⁵ SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law.** With commentary by Amy Gutmann. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 10-11.

⁷⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La noción de constitución abierta de peter häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. **In: Estudios constitucionales**, Santiago, v. 8, n. 1, p. 283-304, 2010. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100010&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁷⁷ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución.** Trad. de Emilio Mikunda-Franco. España: Tecnos, 2002, p. 104.

teórico altamente abstrato, que ele chama de Teoria da Constituição como uma Ciência da Cultura. Essa abordagem visa enriquecer ou superar a concepção tradicional da Constituição como objeto de estudo, que considera a Constituição como um impulso e um limite, como uma norma e tarefa, como uma limitação e racionalização, como um Processo Público. Para a teoria constitucional como uma Ciência da Cultura, as normas constitucionais surgem e são entendidas como processos culturais e são explicadas através de textos e contextos, ou seja, o puramente legal não cobre tudo o que a Constituição é. A Constituição de um povo é a imagem de uma sociedade concebida como adequada em um determinado momento e local, é o que a sociedade aspira ser e concorda em persegui-lo não apenas como um clube social, mas como um objetivo sério, tão sério que seu poder soberano é depositado e usado para esse fim.⁷⁸

A abordagem da Ciência Cultural distingue o indivíduo de cada Estado constitucional daquele que é comum a todos eles ou à sua maioria. O processo começa com o estudo particular das culturas constitucionais democráticas e termina, em seu nível mais geral, com a identificação dos elementos compartilhados pela maioria deles. O modelo resultante pode ser usado como critério para determinar se um projeto ou realidade social se qualifica como um Estado de Direito Constitucional, social, democrático e cultural.⁷⁹

O enfoque teórico de Häberle, por seu turno, exige o uso não apenas das ferramentas da jurisprudência, mas também de todas as ciências e artes que compõem a grande antropologia como ciência e arte da cultura humana. Uma visão móvel e multidimensional que admite não apenas a dissidência, mas também a oposição como um meio de enriquecimento. Dessa maneira, o objeto de estudo se torna, aparentemente, nebuloso ou difuso de uma visão formalista; embora, na realidade, o resultado da contribuição de todos os aspectos parciais fornecidos por

⁷⁸ MARTINEZ, Pedro Daniel Gonzalez Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. *In: Cuest. Const.* México, n. 27, p. 165-192, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁷⁹ MARTINEZ, Pedro Daniel Gonzalez Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. *In: Cuest. Const.* México, n. 27, p. 165-192, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2020.

cada perspectiva teórica seja sua conformação mais exata, notadamente se a Constituição é entendida como uma estrutura cultural multidimensional, como é o caso. Para Häberle, uma visão mais restritiva da Constituição é reducionista e ingênua, especialmente se levarmos em conta que a perspectiva cultural da Constituição permite ver, por um lado, a cultura constitucional cristalizada nos respectivos textos, dando-lhes antecedentes, fundamentos e bases culturais⁸⁰ e, por outro, tornando o escopo material e funcional-cultural o terreno a partir do qual⁸¹ os elementos de cada Constituição particular e do arquétipo do Estado constitucional surgem.⁸²

Häberle propõe um modelo epistemológico a ser adotado, tanto por estudantes de fenomenologia constitucional quanto por participantes da arena política.⁸³ Sua proposta pretende ser um paradigma em todos os sentidos possíveis do termo: uma visão de mundo, uma matriz com força descritiva e disciplinar. Essa abordagem tem como fundamento final o que chama de verdade plural, uma concepção baseada no respeito à dignidade humana de cada indivíduo, com o reconhecimento de que cada ser humano possui não apenas sua própria verdade, mas também diferentes regimes de verdade.⁸⁴

Assim, é razoável que Häberle considere a interpretação constitucional como algo constante e totalmente aberta, tanto no que diz respeito aos participantes no processo quanto em relação aos regimes de verdade admissíveis como tais. Postular uma visão fechada seria considerado, além de irrealista, autoritário e negaria o direito à opinião pessoal original, deslegitimando sua expressão. É por isso que

⁸⁰ VALADÉS, Diego. **Conversaciones académicas con Peter Häberle**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 44.

⁸¹ HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el Estado constitucional**. Tradução de Carlos Ramos y Jürgen Saligmann. Perú; Universidad Católica del Perú, 1997, p. 304.

⁸² MARTINEZ, Pedro Daniel Gonzalez Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. **In: Cuest. Const.** México, n. 27, p. 165-192, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁸³ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. de Emilio Mikunda-Franco. España: Tecnos, 2002, p. 163.

⁸⁴ MARTINEZ, Pedro Daniel Gonzalez Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. **In: Cuest. Const.** México, n. 27, p. 165-192, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2020.

Häberle sustenta, em todos os níveis do discurso e em todas as áreas, o que ele chama de Princípio Metodológico de "pensar no possível"⁸⁵, que significa pensar em outras alternativas, notadamente em relação às realidades, necessidades e possibilidades no campo gravitacional do Estado Constitucional.⁸⁶ Para Häberle, "o Estado Constitucional se opõe a qualquer tipo de Estado totalitário"⁸⁷, seja qual for o tom ideológico; ele se opõe à defesa "de toda verdade absoluta e de qualquer monopólio da informação, bem como da imposição de uma ideologia totalitária".⁸⁸ "Rejeita, portanto, tudo o que podemos caracterizar com a palavra fundamentalismo".⁸⁹

Descendo ao nível da abstração, Häberle sugere que, para cada assunto, seja procurada a opinião de especialistas em cada campo e mesmo dos envolvidos em cada assunto, especialistas ou não, buscando a verdade por consenso. Assim, o conceito de verdade crítica prevalece não apenas na esfera cultural individual, incluindo a perspectiva científica, mas é transferido para um modelo de sociedade alheio a qualquer concepção confessional do mundo⁹⁰, isto é, "democracias plurais representam a forma do Estado onde a verdade é relativa".⁹¹

Partindo do conceito de verdade como uma busca inesgotável, concluída a partir da multiplicidade de verdades ou regimes da verdade e da condição inatingível da verdade e da falibilidade humana, os modelos teóricos e políticos propostos por Häberle visam gerar o ambiente propício ao exercício da liberdade cultural, começando pelos aspectos básicos da religião, ciência e arte. A verdade não perde seu valor científico ou sociopolítico, pelo contrário, torna-se um elemento fundamental

⁸⁵ VALADÉS, Diego. **Conversaciones académicas con Peter Häberle**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 133-134.

⁸⁶ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. de Emilio Mikunda-Franco. España: Tecnos, 2002, p. 60.

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. **Verdad y Estado constitucional**. Tradução de Guillermo Mañón Garibay. México: UNAM, 2006, p. 113.

⁸⁸ HÄBERLE, Peter. **Verdad y Estado constitucional**. Tradução de Guillermo Mañón Garibay. México: UNAM, 2006, p. 113.

⁸⁹ VALADÉS, Diego. **Conversaciones académicas con Peter Häberle**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 48.

⁹⁰ VALADÉS, Diego. **Conversaciones académicas con Peter Häberle**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 120.

⁹¹ VALADÉS, Diego. **Conversaciones académicas con Peter Häberle**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 17.

do Estado Constitucional e da disciplina que o observa e molda e é reconceptualizada, afastada do fundamentalismo epistêmico. As instituições científicas e político-legais devem ter como premissa e objetar a proteção dessas liberdades, pois elas constituem culturalmente cada membro da humanidade. Isso significa entender a Constituição como cultura e a disciplina que a estuda como ciência da cultura.⁹²

Com base nas variações do conceito de verdade, de acordo com a especialidade científica e mesmo dentro da mesma disciplina, Häberle propõe que o conceito multifuncional e relacional da verdade seja discutido. Isso requer a combinação de várias teorias que ele chama de correspondência, de coerência e de consenso, a fim de incorporar a teoria da verdade por consenso como elaboração permanente de consenso básico e seguindo o significado do consenso ético mínimo.⁹³

Obviamente, a proposta de Häberle não é a mistura ou confusão dessas teorias nem o sincretismo teórico a esse respeito. O que ele propõe é uma "mesa redonda" de verdades, sempre um convite aberto, no qual todas as propostas honestas e razoáveis são ouvidas, e o debate produz uma verdade coletiva aceita, característica de um determinado tempo e espaço, ou melhor, uma concepção democrática da verdade.⁹⁴

Em questões científicas, a proposta é a multidisciplinaridade e a admissão de todos os modelos teóricos resumidos em uma grande antropologia. No modelo político, ele acredita que cada Constituição nacional não deve beber apenas de uma grande teoria se quiser ser mantida como uma Constituição do pluralismo. Häberle considera que, se o tipo de Estado Constitucional prevalece hegemonicamente no mundo, o conceito de verdade, como o que é capaz de se afirmar em cada um dos

⁹² MARTINEZ, Pedro Daniel Gonzalez Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. *In: Cuest. Const.* México, n. 27, p. 165-192, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁹³ MARTINEZ, Pedro Daniel Gonzalez Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. *In: Cuest. Const.* México, n. 27, p. 165-192, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁹⁴ MARTINEZ, Pedro Daniel Gonzalez Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. *In: Cuest. Const.* México, n. 27, p. 165-192, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2020.

contextos sob aspectos técnicos específicos ou como um grande objetivo geral, se tornará um paradigma hegemônico.⁹⁵

1.3.1 A teoria de hermenêutica constitucional de Peter Häberle

A difusão transnacional do pensamento de Peter Häberle, quase sempre acompanhada de processos formais de institucionalização de estruturas, organismos e procedimentos voltados à implementação prática dos institutos por ele concebidos em nível doutrinário, é capaz de revelar os fundamentos que suas criações fornecem para o desenvolvimento do Estado Constitucional em tempos hodiernos.⁹⁶

Em sua obra “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”⁹⁷, Häberle propugna, em linhas gerais, pela adoção de uma Hermenêutica Constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada Sociedade Aberta, isto é, diante do papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, defende Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um legítimo Intérprete e a interpretação constitucional dos Juízes, ainda que importante, não é e nem deve ser a única. Ao contrário, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.

A ampliação do círculo de Intérpretes constituiria, para Häberle, além de uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, a democratização da interpretação constitucional ou, nas suas palavras, a Hermenêutica Constitucional da Sociedade Aberta.

⁹⁵ HÄBERLE, Peter. **Verdad y Estado constitucional**. Tradução de Guillermo Mañón Garibay. México: UNAM, 2006, p. 36. (tradução livre)

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **In: Consultor Jurídico**, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 26 nov. 2018.

⁹⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

Häberle traça os principais pilares argumentativos da maneira como compreende o processo de definição do significado e do escopo do texto constitucional, naturalmente, em harmonia direta com sua perspectiva culturalista. O que Häberle tentará responder é a pergunta sobre quem deve participar da interpretação constitucional e a importância de tal pergunta é que aqueles que se enquadram nessa capacidade serão aqueles que conseguirem impor sua visão ou leitura da realidade constitucional sobre a totalidade social, razão pela qual considera que, dentro do Estado Constitucional, o princípio democrático nos permite supor que não há *numerus clausus* de Intérpretes da Constituição. Todo mundo que vive dentro e com as circunstâncias factuais reguladas pela norma é um Intérprete indireto e, se necessário, também um Intérprete direto da norma. O destinatário das normas participa do evento de interpretação com maior intensidade do que normalmente é admitido. Como não são apenas os Intérpretes constitucionais que vivem as normas, eles não são os únicos Intérpretes, nem mesmo os mais importantes.⁹⁸

Portanto, a proposta de Häberle visa dois objetivos complementares: transformar a interpretação constitucional em uma suposição da ordem democrática e participativa e identificar a interpretação constitucional como mais um elemento da cultura em particular. Esses objetivos complementares implicam dois requisitos: a estabilidade da norma (decisão política) e a adesão à comunidade política (fenômeno cultural). Sem estabilidade e aderência, a interpretação é impossível. De acordo com o exposto, pode-se dizer que a interpretação aberta só é possível no Estado Constitucional; tudo é articulado, assim como um grande quebra-cabeça, está-se diante das peças de uma grande teoria constitucional.⁹⁹

A teoria de Häberle mostra como um sistema de articulação completo permite construir novos e mais fortes vasos de comunicação entre direito e sociedade, portanto, ajuda a aprofundar os valores democráticos; em sua teoria, também são

⁹⁸ MUNOZ, Daniel E. Florez. Derecho y Sociedad en el Estado constitucional: Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Haberle. *In: Rev. Derecho*, Barranquilla, n. 35, p. 1-31, June 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972011000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁹⁹ MUNOZ, Daniel E. Florez. Derecho y Sociedad en el Estado constitucional: Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Haberle. *In: Rev. Derecho*, Barranquilla, n. 35, p. 1-31, June 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972011000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

protegidas as possíveis flutuações constitucionais; estão relacionados a mudanças formais, mas, igualmente, com processos interpretativos. Nessa ordem de ideias, no processo de definição do conteúdo da norma constitucional, os Intérpretes-atores constitucionais desempenham um papel de liderança, enquanto a interpretação não é apenas um meio de internalizar o que é interpretado, mas também de modificar o que é interpretado. Enquanto houver critérios hermenêuticos generalizados, a coesão social e a identidade cultural durarão, mas, na medida em que forem gerados contrastes ou contradições, uma tendência eruptiva que só pode ser inoculada iludir ou superar precisamente em virtude da presença de valores culturais que, por sua natureza, têm uma grande força coesa no tecido social. A teoria de Häberle termina, assim, com um desenho institucional que ele chama de interacionismo institucional, que faz parte do último conjunto de peças - engenharia constitucional - de um quebra-cabeça completo que esse jurista constrói sobre a ideia do Estado Constitucional.¹⁰⁰

1.3.1.1 A tese fundamental e os participantes do processo de interpretação constitucional

A teoria da interpretação constitucional tem focado em duas questões essenciais, quais sejam, as tarefas e objetivos da interpretação constitucional e os métodos (processo e regras da interpretação).¹⁰¹

Todavia, não se percebe maior significado à questão relativa aos participantes da interpretação. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de Interpretação Pluralista, que se mostra muitas vezes difuso. Isto, por si só, já seria razão suficiente para se cuidar de maneira especial do tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, em seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação

¹⁰⁰ MUNOZ, Daniel E. Florez. Derecho y Sociedad en el Estado constitucional: Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Häberle. *In: Rev. Derecho*, Barranquilla, n. 35, p. 1-31, June 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972011000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹⁰¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 11.

constitucional dos Juízes e nos procedimentos formalizados.¹⁰²

Com base no pensamento de Peter Häberle, é possível obter uma contribuição sobre essas questões, caracterizando sua teoria por uma ruptura com uma noção estritamente dogmática e positivista relacionada à Constituição, apresentando-se, no contexto da sua função normativa, numa perspectiva aberta e plural, de nuances culturais, caracterizando-se como elemento vivo, resultante das interações e cristalizações que ocorrem entre o texto normativo e o ambiente cultural. O direito é apresentado, então, simultaneamente como produto e como causa cultural, isto é, condiciona e molda a cultura, mas também é diretamente influenciado por ele, principalmente no processo de interpretação e aplicação do direito. Em outras palavras, a Constituição é um reflexo da realidade, mas não apenas isso: ao mesmo tempo, molda a realidade, tornando-se, nas próprias palavras do autor, sua fonte de luz, sua fonte original (tradução livre).¹⁰³

Assim, Häberle sustenta mudar a questão sobre os participantes do processo de interpretação de uma “sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma Sociedade Aberta”, ou seja, no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado *numerus clausus* de Intérpretes, de modo que os critérios de interpretação constitucional sejam tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.¹⁰⁴

É preciso registrar que o conceito de interpretação reclama um esclarecimento, assim sintetizado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, pelo

¹⁰² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 11-12.

¹⁰³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La noción de constitución abierta de peter häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. **In: Estudios constitucionales**, Santiago, v. 8, n. 1, p. 283-304, 2010. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100010&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹⁰⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 12-13.

menos, por co-interpretá-la. Como não são apenas os Intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação constitucional. É preciso uma mediação específica entre Estado e sociedade.¹⁰⁵

A investigação sobre os que participam do processo de interpretação é, de uma perspectiva sócio-constitucional, consequência do conceito “republicano” de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional. Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade de que se trata, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. Então, a pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional deve ser formulada no sentido puramente sociológico da ciência da experiência.¹⁰⁶

Essa afirmação se baseia no fato de que, em um Estado Democrático, a questão da legitimidade também deve ser analisada sob uma perspectiva democrática, uma vez que a Democracia não se baseia exclusivamente em aspectos formais; pelo contrário, precisa ser construída diariamente, pela política e pela *práxis*, aspecto que, mais uma vez, evidencia a participação necessária no processo de construção dos significados da Constituição. Nesse contexto, onde a supremacia do povo não se baseia unicamente no voto, a interpretação e a experiência da Constituição aparecem como espaço e condição de possibilidade do elemento democrático (tradução livre).¹⁰⁷

Häberle também retrata a importância de textos de clássicos na Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Com essa correlação a uma interpretação

¹⁰⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 13-18.

¹⁰⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 19.

¹⁰⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La noción de constitución abierta de peter häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. **In: Estudios constitucionales**, Santiago, v. 8, n. 1, p. 283-304, 2010. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100010&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

histórica (corretamente compreendida), o significado dos autores clássicos na vida das Constituições ainda não se esgota. Sua teoria da interpretação, que pretende ampliar a interpretação da Constituição na dimensão da pessoa mediante a inclusão de todos os cidadãos, é desenvolvida aqui: trata-se da ampliação da interpretação da Constituição no sentido material. A inclusão dos Intérpretes da Constituição *latiore sensu* no processo da interpretação da Constituição, por um lado, e a ampliação do objeto da interpretação da Constituição mediante a inclusão de outros textos (clássicos), para além do texto constitucional positivo “normatizado”, por outro lado, são complementares. Somente na sua atuação conjunta todo o campo da “Constituição real” se torna apreensível. Ocorre que um problema na ampliação da interpretação da Constituição na dimensão da pessoa sempre foram (e são) os textos jurídicos que, em virtude da sua abstração e multivocidade, são de difícil acesso ao Intérprete da Constituição *latiore sensu*, quando lhe são acessíveis. Mas os textos dos clássicos são justamente uma possibilidade de acesso: constituem a pré-compreensão comum do constituinte, Intérprete da Constituição *strictiore sensu* e intérprete da Constituição *latiore sensu*. Precisamente por serem parte da cultura, porque os paradigmas clássicos evoluíram, na recepção cultural no decorrer do tempo, de conhecimento científico para um saber generalizado, descobriu-se aqui um dos caminhos que conduz o cidadão à interpretação da Constituição. Nessa visão, o estudo dos escritos, e.g., de John Locke, não são um fim em si mesmo de “pessoas cultas”, mas parte do trabalho em cima da Constituição viva. Afinal de contas, os modelos de pensamento desse autor marcaram especialmente o Estado constitucional. Os intérpretes da Constituição *lato sensu* podem carrear a sua contribuição por meio dos textos dos clássicos. Enquanto não juristas, não estão de antemão fixados nos textos jurídicos *strictiore sensu*. O “temor da leitura” ganha significado aqui. À luz desse enfoque, abre-se também um novo campo para as outras ciências do Estado. Com razão, e.g., Montesquieu deverá ser transformado em objeto da disciplina Educação para a Cidadania nas escolas de segundo grau e em cursos livres para adultos, e não apenas o principal comentário da disciplina de Direito Constitucional. Uma citação de Montesquieu, usada na hora certa, pode produzir maiores resultados que a obra máxima da biografia acadêmica de um comentador da

Lei Fundamental.¹⁰⁸ Em outras palavras, os Intérpretes da Constituição *latiore sensu* contribuem para a interpretação do texto constitucional com os seus “clássicos”, assim como o constitucionalista tradicional com o seu comentário. O nexo global, que configura a Constituição e constitui o Estado, é produzido apenas pela atuação conjunta de processos de interpretação material e Intérpretes individuais.¹⁰⁹

Nessa perspectiva, Häberle sugere o seguinte catálogo provisório dos participantes da interpretação:

- 1) as funções estatais:
 - a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é relativizada mediante o instituto do voto vencido;
 - b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto de atividade): órgão do Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público;
- 2) os participantes do processo de decisão nos casos 1ª e 1º, que não são, necessariamente, órgãos de Estado, isto é:
 - a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um “diálogo jurídico” (*“Rechtsgespräch”*);
 - b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., §§ 77, 85, n. 2, 94, n. 1 a 4, §§ 65, 82, n. 2, 83, n. 2, 94, n. 5), ou que são eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, n. 4., da Lei do *Bundesverfassungsgericht*);
 - c) pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, do Regimento Interno do Parlamento Federal);
 - d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, n. 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a “longa manus” da eleição de juízes (NT 2);
 - e) os grupos de pressão organizados (§ 10, do Regimento Interno do Governo Federal);
 - f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de carácter participativo;
- 3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: *media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos

¹⁰⁸ Lei Fundamental é a Constituição da República Federal da Alemanha.

¹⁰⁹ HÄBERLE, Peter. **Textos clássicos na vida das constituições**. Tradução de Peter Naumann. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2016.

políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais;

4) cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos n. 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.¹¹⁰

Como visto, a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. Esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política.

1.3.1.2 Análise da tese desenvolvida e consequências para a hermenêutica jurídica constitucional

De pronto, é preciso assentar que uma possível objeção à tese poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá “dissolver-se” num grande número de interpretações e de Intérpretes. Todavia, a questão deve ser avaliada tendo em vista a legitimação dos diferentes Intérpretes da Constituição, a qual, porém, restringe-se a todos aqueles que não estão, formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de Intérpretes, isto é, excepciona-se os órgãos estatais.¹¹¹

A correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, no entanto, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação, no sentido de que a interpretação é um processo aberto. A ampliação do círculo de Intérpretes, segundo Häberle, é apenas a consequência da necessidade, defendida por todos, de integração da realidade no processo de interpretação, mesmo porque os Intérpretes, em sentido amplo, compõem essa realidade pluralista.¹¹²

Por outro lado, a vinculação judicial à lei e a independência pessoal e

¹¹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 20-23.

¹¹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 29.

¹¹² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 30.

funcional dos Juízes não podem escamotear o fato de que o Juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria equivocado reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os Juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos Juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei.¹¹³

Nesse cenário, a unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes Intérpretes, valendo, neste particular, serem desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da Teoria da Constituição e da Teoria da Democracia.¹¹⁴

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas sim como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da “res publica” na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário. Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.¹¹⁵

No estado constitucional-democrático, por sua vez, coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria da

¹¹³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 31-32.

¹¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 32-33.

¹¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 33.

Democracia). Aqui, é preciso afirmar que a Democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, até o último Intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional. Numa Sociedade Aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do Processo Público e pluralista da política e da *práxis* cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais. O povo, portanto, não pode ser considerado apenas um referencial quantitativo que se manifesta do dia das eleições e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também em elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora do processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.¹¹⁶

Não se deve esquecer que Democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o “domínio do cidadão”, não do povo, no sentido de Rousseau. A Democracia do cidadão é mais realista do que a Democracia popular, pois próxima da ideia que concebe a Democracia a partir dos direitos fundamentais. Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo a respeito da concepção tradicional de Democracia. Assim, a sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos Intérpretes da Constituição em sentido “lato”.¹¹⁷

Para Häberle, as reflexões postas levam a uma relativização da Hermenêutica Constitucional jurídica, assentada nas seguintes razões:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;
2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional” (am Verfassungsprozess Beteiligte) relativiza-se na medida que se

¹¹⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 36-37.

¹¹⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 38-40.

amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (die pluralistische Öffentlichkeit) desenvolve força normatizadora (normierende Kraft). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública;

3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.¹¹⁸

No mais, devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto Intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional, de igual forma, torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos Juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas. A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui.¹¹⁹

Sem dúvidas, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em síntese, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básica para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia.¹²⁰

¹¹⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 41-42.

¹¹⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 48.

¹²⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução

É possível concluir, destarte, que a noção de uma Constituição cultural e aberta configura um importante avanço/quebra no campo da compreensão e aplicação da Constituição no contexto do Estado Democrático de Direito, trazendo novos contornos para a teoria constitucional e para a teoria da interpretação, bem como desafios no sentido de transformar esse mesmo processo hermenêutico em um processo aberto e plural, intimamente conectado à realidade. Portanto, esse conceito de abertura pode ser entendido como o princípio (legal e não apenas político) da Constituição, por meio do qual a Democracia pode persistir – não apenas como a supremacia do povo –, mas com a participação do povo, aspecto apresentado como elemento essencial da Constituição democrática na sociedade pluralista (tradução livre).¹²¹

A abertura e a pluralidade, portanto, constituem, permeiam e resultam, ao mesmo tempo, da participação, abrangendo e projetando, numa perspectiva democrática, a sociedade, a Constituição e a interpretação.

1.3.1.3 Questionamentos à teoria constitucional

Da associação das questões sobre objetivos, métodos e participantes da interpretação constitucional resultam algumas indagações não apenas para a jurisdição constitucional, mas também para a teoria constitucional.

Com efeito, Direito Constitucional é um direito de conflito e compromisso. É natural que os envolvidos no processo constitucional busquem métodos diferenciados de interpretação para atender a seus interesses. Disso resultam repercussões dos princípios de hermenêutica de caráter jurídico-funcional para a interpretação constitucional material. O Direito Constitucional material surge de um número enorme de funções corretamente exercidas: aquelas desempenhas pelo legislador, pelo Juiz Constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição. Tal reflexão sobre a interpretação constitucional

de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 49.

¹²¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La noción de constitución abierta de peter häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. *In: Estudios constitucionales*, Santiago, v. 8, n. 1, p. 283-304, 2010. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100010&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

demonstra que, de uma perspectiva funcional-processual, correção funcional da interpretação constitucional leva praticamente a uma diversidade da própria interpretação. A correta, pois, depende de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e suas qualificações.¹²²

Outrossim, é legítimo indagar se se poderia cogitar, ainda que de forma relativizada, de uma interpretação correta. Para a teoria constitucional, coloca-se a questão fundamental sobre a possibilidade de vincular normativamente as diferentes forças políticas, isto é, de apresentar-lhes bons métodos de interpretação. Questiona-se, inclusive, a amplitude que se há de emprestar ao círculo de interlocutores da doutrina constitucional, que atuou até então como crítica e conselheira, como *partner* da discussão e do consenso da Corte Constitucional, cuja resposta pode também produzir consequências para a conformação do processo constitucional. Sem dúvida, uma fixação exclusiva na jurisdição há de ser superada.¹²³

Afigura-se também difícil a questão sobre se e em que medidas outros participantes, singular ou coletivamente considerados, devem ser normativamente constitucionalizados. Ora, constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional (procedimental). Para conteúdos e métodos, isto se aplica de forma limitada. Fundamentalmente, o processo político deve ser, tanto quanto possível, aberto, devendo também uma interpretação diversionista ter oportunidade de ser sustentada em algum momento. É verdade que o processo político é um processo de comunicação de todos para com todos, no qual a teoria constitucional deve tentar ser ouvida, encontrando espaço próprio e assumindo sua função enquanto instância crítica. Porém, a ausência de *academical self-restraint* pode levar a uma perda da autoridade. A teoria constitucional democrática enunciada por Häberle tem também, portanto, uma peculiar responsabilidade para a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição.¹²⁴

¹²² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 51-52.

¹²³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 53.

¹²⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da**

Entrevistado em Buenos Aires, capital da Argentina, em 21 de abril de 2009¹²⁵, Häberle traçou importante histórico de sua tese desde a concepção até a aplicabilidade mais atual, *in verbis*:

Eu desenvolvi o paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição em 1975. Somente vinte anos depois eu tomei consciência de que, do ponto de vista da história da cultura, por trás dessa ideia poderia estar a tese protestante de Martin Luther sobre o sacerdócio de todos os crentes. Vamos olhar para trás: na Roma antiga, o conhecimento da lei era reservado à casta de sacerdotes. A Lei das Doze Tábuas trouxe consigo o conhecimento público da lei para os cidadãos romanos, que, como é sabido, foi criada por um grupo de juristas e políticos que viajaram para Atenas e foi guiada pela legislação de Solon, que governou. A natureza pública da lei é uma característica fundamental de qualquer Estado constitucional até hoje. A novidade do paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição é que não se trata mais do conhecimento público da lei, mas que todos os cidadãos têm acesso ao processo interpretativo. O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, sob seu presidente Mendes, baseou a aplicação do *amicus curiae*, teoricamente, a partir do conceito de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha prossegue de forma pragmática e há muito tempo dá a palavra a grupos pluralistas, como sindicatos, entidades empresariais, a Igreja e outras comunidades religiosas em alguns importantes processos judiciais, em audiências públicas.

Em 1975, não imaginava os tremendos desenvolvimentos que, especialmente no campo técnico, poderiam desafiar ou talvez questionar meu paradigma.

Já na primeira edição do meu trabalho *Europäische Verfassungslehre* de 2000-2001, bem como na sexta edição de 2008, projetei a sociedade aberta de intérpretes constitucionais na União Europeia. Atualmente, há indícios de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais na Europa. Isso pode ser verificado através da participação, através da Internet, de alguns cidadãos no esboço da Constituição de 2004. Se essa Constituição Europeia tivesse entrado em vigor, já poderíamos falar de uma sociedade aberta de constitucionalistas na Europa. Na Suíça, por exemplo, existem procedimentos de audiência pública: cidadãos e grupos pluralistas podem comentar sobre projetos de lei e revisões da Constituição. No nível global, devemos falar de um conjunto de Constituições parciais. Um direito constitucional global abrangente ainda não existe e provavelmente também não deve ser buscado. Existem apenas Constituições parciais, como a Carta das Nações Unidas, a

Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 55.

¹²⁵ FERREYRA, Raúl Gustavo. Entrevista a Peter Häberle. *In: Bol. Mex. Der. Comp.*, México, v. 42, n. 126, p. 1621-1645, dic. 2009. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000300017&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 15 abr. 2020.

Convenção sobre Direito Marítimo Internacional ou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, projetadas em Roma e implementadas em Haia.

Meu conceito ideal de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição está em risco, tanto em pequena como em grande escala. Pelos processos de concentração de poder, por um lado, e pelos lamentáveis processos de economia, por outro. No entanto, também podemos encontrar aspectos positivos: organizações não-governamentais participam de processos globais de informação, como o direito de proteger o meio ambiente ou os direitos humanos (tradução livre).

Na sequência, deixa claro que a Constituição expressa uma pluralidade de valores fundamentais: começando pela dignidade humana, passando pelos direitos fundamentais individuais, até chegar à Democracia como uma consequência organizacional dos direitos humanos. Todo estado constitucional deve poder decidir se escolhe uma jurisdição constitucional difusa ou uma jurisdição constitucional concentrada, porém, fica orgulhoso, como observador participante, com o fato de os tribunais constitucionais praticarem o ativismo judicial e obrigar os outros poderes a agir. Ao final, assenta que o paradigma da Sociedade Aberta de Intérpretes constitucionais, deve se tornar objeto de pedagogia. Em outras palavras: os direitos humanos já devem ser aprendidos na escola como objetivos educacionais. Os jovens devem ser incentivados desde cedo a participar dos processos de criação e interpretação da lei por meio de petições e discussões.¹²⁶

1.3.2 Influência no direito brasileiro

No Brasil, diferente dos Estados Unidos da América, desde a primeira tradução, para o português, da obra “Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição”, a doutrina de Peter Häberle tem sido incorporada com evidente vivacidade, seja no âmbito acadêmico, por meio da produção bibliográfica ou pela prática docente e discente nas faculdades de direito, seja pelos poderes constituídos, na forma de produção legislativa e na jurisprudência dos tribunais.¹²⁷

¹²⁶ FERREYRA, Raúl Gustavo. Entrevista a Peter Häberle. *In: Bol. Mex. Der. Comp.*, México, v. 42, n. 126, p. 1621-1645, dic. 2009. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000300017&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na

É possível concluir, portanto, que um ponto central da jurisdição democrática reside, exatamente, na ampliação e aprimoramento dos instrumentos de comunicação dos Juízes constitucionais e nas possibilidades de participação (efetiva) no processo constitucional. Dito isto, a pergunta a seguir é: como e por que meios? Nessa linha, entende-se que a necessidade de abertura de jurisdição deve ocorrer em duas dimensões diferentes: uma de ordem interna, entendida como uma abertura democrática à Sociedade Aberta de Intérpretes e à atividade interpretativa da sociedade pluralista; e outra de natureza externa, no sentido de abrir seus procedimentos a uma participação efetiva e o exercício institucionalizado do *status activus processualis* dentro da jurisdição, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional, contexto em que a figura do *amicus curiae* se tornou relevante como um instrumento privilegiado de abertura e intervenção pluralista no processo (tradução livre).¹²⁸

Aliás, a Constituição da República Federativa do Brasil apresenta uma série de dispositivos com caráter plural e democrático, consoante apregoado por Häberle. O artigo 1º, inciso V, por exemplo, estampa o pluralismo político, enquanto, adiante, o artigo 170, parágrafo único, trata da pluralidade econômica e o artigo 206 do pluralismo de ideias.¹²⁹

Não obstante, a Constituição não prevê uma participação social efetiva. Tal concretude sobreveio com o advento da Lei n. 9.868/99, que disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, onde se aperfeiçoou o controle de constitucionalidade e se estabeleceu determinados casos de intervenção de terceiros na qualidade de *amicus curiae*.¹³⁰ Em seguida, a Lei n.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **In: Consultor Jurídico**, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 26 nov. 2018.

¹²⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La noción de constitución abierta de peter häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. **In: Estudios constitucionales**, Santiago, v. 8, n. 1, p. 283-304, 2010. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100010&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2018.

¹³⁰ BRASIL. **Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso

9.882/99 disciplinou o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e dispôs também sobre a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* no processo.¹³¹

Acredita-se, vale registrar, que o *amicus curiae* tenha sua gênese na Suprema Corte dos Estados Unidos, havendo indícios de que se faz presente desde o início do século XX. Percebe-se que em julgados pela Suprema Corte a integração entre a sociedade e a discussão, de certa forma ampliando o caráter democrático da jurisdição constitucional, caracteriza-se por ser uma conquista constitucional de toda a sociedade por ela tutelada.¹³²

Pela mudança de perspectiva consubstanciada nessa ousada proposta, é de se considerar que aí se encontra a maior e a mais importante abertura em nosso processo de controle abstrato de constitucionalidade, porque dá ensejo a que o Supremo Tribunal Federal – alertado sobre todas consequências das suas decisões – venha a adotar, sem contorcionismos, uma realística jurisprudência de resultados, assumidamente inspirada nos valores da segurança jurídica e do interesse social, que são congêntos à ideia de direito. Muito embora não se tenha ido tão longe quanto o desejável, referidas leis já representam um significativo avanço para a publicização e a democratização do modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Trata-se de caminho para a construção da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição.¹³³

Na jurisprudência, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle ao desenvolvimento do Direito Constitucional no Brasil, divididas em quatro tópicos

em: 13 ago. 2020.

¹³¹ BRASIL. **Lei Federal nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹³² CADEMARTORI, Luiz Henrique; BOMBANA, Anelícia Verônica. *Amicus curiae* - a democratização da sociedade como intérprete da constituição e constitucionalidade perante o STF. **In: Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 3, n. 3, 30 quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica ISSN 1980-7791. Acesso em: 30 ago. 2020.

¹³³ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **In: Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>. Acesso em: 26 nov. 2018. p. 7-8.

temáticos centrais de seu pensamento: 1) *Amicus curiae* e audiências públicas; 2) Pensamento de possibilidades; 3) Tempo e Constituição: a mutação constitucional; 4) Estado Constitucional cooperativo.¹³⁴

Aliás, sobre as audiências públicas, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já conta com normas que preveem as competências e o procedimento de convocação e realização (Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009).¹³⁵

Essa realidade enseja, além do amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado. É inegável, portanto, que essa abertura do processo constitucional foi fortemente influenciada, no Brasil, pela doutrina de Peter Häberle.

Diversos julgados do Supremo Tribunal Federal também fazem transparecer a constatação de que o pensamento do possível, defendido por Häberle, na medida em que permite a interpretação constitucional aberta a novas alternativas e incentiva a adaptabilidade do texto à evolução social constante de uma sociedade complexa e plural, constitui também um modo de pensar sobre a relação entre tempo e Constituição e, desse modo, sobre o fenômeno da mutação constitucional.

Nesse sentido, em julgamento no STF, o voto do eminente Ministro Celso de Mello em questão de ordem na ADI n. 2.777, em novembro de 2003, que discutiu a possibilidade da sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Sua argumentação foi inteiramente compatível com a orientação de Peter Häberle que, “não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura

¹³⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **In: Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>. Acesso em: 26 nov. 2018.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2020.

hermenêutica que possibilite a esta minoria o oferecimento de ‘alternativas’ para a interpretação constitucional”.¹³⁶

Por oportuno, retira-se da obra de Peter Häberle a observação segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Por isso, Häberle introduz o conceito de pós-compreensão, entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende “supervenientemente” uma dada norma. A pós-compreensão nada mais seria, para Häberle, do que a pré-compreensão do futuro, isto é, o elemento dialético correspondente da ideia de pré-compreensão.¹³⁷

A evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Suprema Corte Brasileira, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.¹³⁸

Outrossim, no que toca ao Estado Constitucional Cooperativo, o Supremo Tribunal Federal por muito tempo adotou a ideia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Segundo essa tese, denominada de “tese da legalidade ordinária” dos tratados internacionais, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar, o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos

¹³⁶ VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **In: Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>. Acesso em: 26 nov. 2018, p. 16.

¹³⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **In: Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>. Acesso em: 26 nov. 2018, p. 21.

fundamentais.¹³⁹

Todavia, não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, levando em consideração essa tendência hodierna de inserção do Estado constitucional brasileiro em contextos supranacionais, promoveu uma vigorosa renovação de sua jurisprudência e passou a adotar a tese da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.¹⁴⁰

1.3.3 Tribunais constitucionais sob a ótica de Häberle

Inicialmente, impende registrar, resumidamente, que Carl Schmitt e Hans Kelsen, antes de Peter Häberle, estabeleceram um debate sobre a manutenção do sistema constitucional que, no fundo, não deixa de ser uma discussão sobre o exercício do poder. Schmitt identificava no Presidente do Reich a figura de um guardião da Constituição com atuação nos momentos de crise, enquanto Kelsen, embora não isolasse a identificação de um guardião na construção de uma Corte Constitucional, depositava nesta suas maiores esperanças na implementação da garantia do equilíbrio do sistema.¹⁴¹

Sob esses vértices, pode-se perceber que a história revelou duas observações importantes. A primeira é que a discussão não é nova, pois antes de Cristo o ser humano já se deparava com conflitos relacionados ao exercício do poder e tentava encontrar parâmetros para controlar seus exercentes. A segunda observação é que o centro do controle já esteve nas mãos dos três detentores

¹³⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *In: Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>. Acesso em: 26 nov. 2018, p. 21.

¹⁴⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *In: Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>. Acesso em: 26 nov. 2018, p. 24-27.

¹⁴¹ FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 127-146, jan./mar. 2010.

principais de funções estatais, oportunidade em que alguns aspectos positivos foram colhidos, mas os negativos também apareceram e foram decisivos para a alternância de posições entre eles.¹⁴²

Verifica-se, também, que as contribuições de Schmitt e Kelsen permanecem extremamente atuais, ainda mais quando se percebe que muitos países, incluindo os Estados Unidos da América e o Brasil, têm incorporado o pensamento de Kelsen, de modo a fortalecer a cúpula do Judiciário com a formatação de um modelo de Corte Constitucional.

O Professor Konrad Hesse, cuja obra “A Força Normativa da Constituição” foi apresentada ao leitor brasileiro pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, contrapõe-se às reflexões desenvolvidas por Lassalle. Esforça-se Hesse por demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais de Poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta. A Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca. Ressalta Hesse que a Constituição não significa apenas um pedaço de papel, como definido por Lassalle. Existem pressupostos realizáveis, que, mesmo em caso de eventual confronto, permitem assegurar a sua força normativa. A conversão das questões jurídicas em questões de poder somente há de ocorrer se esses pressupostos não puderem ser satisfeitos. Sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade de Constituição. A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.¹⁴³

Häberle, porém, também contribuiu para o debate quando defendeu a ideia de uma sociedade aberta a intérpretes constitucionais, o que permitiu relegar aos

¹⁴² FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. **In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 127-146, jan./mar. 2010.

¹⁴³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 5.

juristas a condição de guardiões diretos, mas não exclusivos, da Constituição.

Assim, sobre o papel da justiça constitucional no desenvolvimento socioeconômico e no fortalecimento da Democracia, basicamente na América Latina ou na Europa Oriental, Häberle apregoa que, efetivamente, hoje não se pode falar de uma “marcha triunfal em nível mundial” da jurisdição constitucional. Na Europa, na Áustria mais especificamente, H. Kelsen (1920) realizou alguns trabalhos precursores, em virtude dos quais, na Europa, o Tribunal Constitucional da Alemanha exerce uma grande influência, tanto institucionalmente como em sua jurisprudência, o que, já desde o século XVIII, mesmo que não formalmente, mas sim de fato, a Corte Suprema dos Estados Unidos fez-se como modelo a seguir. Na América Latina, percebe-se que a jurisdição constitucional pertence ao que, no atual estado do desenvolvimento, considera-se o *standard* cultural modelo: Estado Constitucional. Nas Democracias jovens, os tribunais constitucionais devem ser precursores e granjear confiança mediante resoluções inteligentes, sobretudo no que diz respeito aos questionamentos à Democracia (Direito Eleitoral, Direito de Partidos, concretização da liberdade de opinião e da liberdade dos meios de comunicação), nos casos de *habeas corpus* e nos das garantias do devido processo.¹⁴⁴

Muitos questionam, supostamente em nome do povo, o fato de poucos magistrados poderem decidir sobre a opinião soberana dos membros do parlamento ou sobre decisões de governo do presidente da república, ambos eleitos pela soberania popular. Para dirimir a questão, consoante Häberle, inevitável que a cimentação da jurisdição constitucional na cultura política de um povo só se pode dar dentro de um processo muito amplo. Em primeiro lugar, as constituições jovens não deveriam outorgar demasiadas competências a seus novos tribunais constitucionais, para não saturar a opinião pública. Ademais, não só os parlamentos e os presidentes de Estado estão legitimados democraticamente, mas também o próprio Tribunal Constitucional, embora que só de modo indireto. Aqui muito depende do modo de Eleição dos Juízes constitucionais. A Democracia dentro do Estado Constitucional é, por princípio, uma Democracia de divisão de poderes: nenhum órgão do Estado tem

¹⁴⁴ VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

poder soberano. O modelo de Estado Constitucional caracteriza-se por seu princípio da supremacia da Constituição. Talvez fosse de suprimir o conceito de soberania popular e de soberania estatal e substituí-lo pela ideia da soberania da Constituição. Num Estado Constitucional que funciona, inclusive o poder que elabora e dita a constituição é constituído: isto é, não é ilimitado, e sim está restrito legalmente a certos princípios últimos de uma cultura constitucional nacional, latino-americana, nesse caso, e a certos princípios internacionais de direitos humanos.¹⁴⁵

No tocante às condições mínimas necessárias para que os tribunais constitucionais, eleitos regularmente pelos próprios poderes políticos, possam controlar com êxito a constitucionalidade das ações do parlamento ou do governo com respeito à ordem constitucional, Häberle sustenta a existência de garantias formais e informais para uma fundamentação de sucesso dos tribunais constitucionais e para seu desenvolvimento nas Democracias jovens. Parte dos pressupostos informais é que todos os órgãos do Estado e a opinião pública pluralista desenvolvam uma vontade a favor da Constituição. Isto começa nas escolas em que, por exemplo, os direitos humanos devem ser inculcados e termina com a fidelidade à Constituição por parte dos órgãos do Estado. Todos os órgãos do Estado devem respeitar-se mutuamente em suas competências e funções. A ideia de *checks and balances* deveria ser literalmente interiorizada por todos os partícipes da vida constitucional. As garantias formais não são tampouco menos importantes. Por isso, a força vinculante das resoluções do tribunal constitucional deve ser assegurada. Claro que todo tribunal constitucional, por sua vez, também tem de prestar atenção à aceitação do conteúdo de suas resoluções. Isso começa com a linguagem jurídica (compreensível), passando pela aplicação racional do instrumento jurídico e das regras artificiais do método, e termina com a plausibilidade do resultado previamente controlado em sua legalidade.¹⁴⁶

Em assunto de suma importância, consistente em quem e como deveriam eleger-se os Juízes dos tribunais constitucionais, bem como quem deve controlar os

¹⁴⁵ VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁴⁶ VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

controladores da Constituição e quais deveriam ser seus mecanismos processuais, Häberle defende que a independência interna e a integridade do magistrado constitucional, assim como a autoridade dos tribunais constitucionais, só podem ser garantidas limitadamente por normas legais externas. Em última instância, isso muito depende da personalidade do magistrado e da qualidade da sentença que forja a confiança. No entanto, há modelos ótimos para a Eleição dos magistrados e uma exigência mínima de procedimentos corretos. Se bem que, no Estado de Direito, todos os cidadãos são, em última instância, guardiões da constituição, os Juízes constitucionais têm aqui, porém, uma tarefa especial. Recomendáveis seriam formas mistas de Eleição do magistrado, isto é, nenhum órgão constitucional deveria ter monopólio sobre a Eleição do Juiz constitucional. Uma parte dos Juízes (por exemplo, um terço) deveria ser eleita pelas entidades que dão as leis; outra parte, pelo presidente da república (assim sucede, por exemplo, na Itália), e a terceira parte, por um órgão de administração autônomo de Juízes e advogados. Com essa inclusão de muitos poderes estatais e sociais, pode-se evitar, no sentido de um procedimento de eleição pluralista, que os Juízes tomem resoluções demasiado parciais. Sobretudo, seria de se reduzir a influência dos partidos políticos, que, de fato, é lamentavelmente desmedida. Para isso, há que se pensar em audiências públicas para os candidatos a magistrados constitucionais, nas quais eles possam ser interrogados por sua filosofia da lei (como nos Estados Unidos). A independência também lhe serve para permitir votos especiais. O tempo de serviço do magistrado constitucional deve ser muito bem meditado: um tempo de serviço amplo, por exemplo, de 12 anos, e a exclusão de reeleição, servem à independência. As regulamentações sobre incompatibilidade e imparcialidade devem ser estritas. Em todo caso, a atividade docente nas universidades deveria ser compatível com o *status* de um magistrado constitucional. A rejeição de um magistrado por motivo de dúvida sobre sua imparcialidade não deve ser tão fácil, nem que os partidos possam condenar os Juízes que os incomodam; porém, tampouco deve ser tão difícil que quase não se possa aplicar na prática. Não é de se olvidar o papel que a autodisciplina dos Juízes representa neste âmbito da problemática. Estes deveriam evitar comentar suas

próprias decisões *ex post*, seja pública, seja privadamente.¹⁴⁷

Assentada toda a teoria de base da presente pesquisa, passa-se à análise dos sistemas legais e as espécies de seleção de Juízes das Cortes Constitucionais no âmbito dos Estados Unidos da América e do Brasil, bem como se estas podem contribuir e, caso positivo, de que forma para a concretização da tese de Häberle sobre Hermenêutica Constitucional aberta e plural.¹⁴⁸

¹⁴⁷ VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁴⁸ A fim de que não caia no esquecimento, vale o registro, para orgulho da comunidade jurídica catarinense, da menção feita por Peter Häberle quando de sua visita ao Brasil em setembro de 2005: “Duas instituições que dizem respeito à prática judiciária devem ser expressamente citadas: a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em Florianópolis, perante a qual pude palestrar (meu paradigma da “sociedade aberta” foi, inclusive, aceito em uma votação com apenas duas abstenções), e a Associação dos Magistrados Catarinenses (igualmente em Florianópolis, com seu maravilhoso ambiente ilhéu). Lá pude experienciar, junto aos demais conferencistas, do mais alto quilate (o Professor Jonas Machado, de Coimbra, dentre outros, proferiu uma primorosa palestra), o quão culta e interessada é a magistratura brasileira. A magistratura, como podem atestar meus anfitriões, juntamente com a classe dos advogados e a imprensa, assim como alguns publicistas, afirmou-se inclusive durante o período de ditadura (os arts. 133 e seguintes de sua Constituição criaram impressionantes normas para o exercício da advocacia)”. Apud VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPÍTULO 2

SISTEMA JURÍDICO-LEGAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A FORMA DE SELEÇÃO DE JUÍZES DA SUPREMA CORTE AMERICANA: FATOS E OBSERVAÇÕES

2.1 SISTEMAS JURÍDICOS

Todas as sociedades desenvolvem métodos para resolver os seus conflitos. Alguns são formalmente organizados, enquanto outros são mais primitivos.¹⁴⁹

O Sistema Jurídico organizado pode ser conceituado como o conjunto de normas escritas, usos e costumes, inclusive decisões dos tribunais, adotado por determinada comunidade que compartilha os mesmos princípios e regras de aplicação e interpretação do direito, objetivando a resolução dos seus conflitos.¹⁵⁰

Há vários Sistemas Jurídicos no mundo, dentre os quais destacam-se o anglo-saxônico (*Common Law*), o romano-germânico (*Civil Law*), o islâmico e o chinês.¹⁵¹ Os Estados Unidos da América adotaram¹⁵² o sistema anglo-saxônico (*Common Law*), enquanto o Brasil optou pelo romano-germânico (*Civil Law*).

O *Common Law* ou direito comum é oriundo da Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. É uma expressão, então, utilizada para designar o direito comum na Inglaterra, em oposição aos costumes locais de cada região. O *Common Law* é originário de regras não escritas, característica que o diferencia do sistema romano-germânico. É um sistema baseado no direito costumeiro

¹⁴⁹ CALVI, James V.; COLEMAN, Susan L. **American Law and Legal Systems**. 8. ed., New York: Routledge, 2017, p. 22.

¹⁵⁰ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução do Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 39.

¹⁵¹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução do Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 39.

¹⁵² Salvo o estado da Louisiana, conforme mencionam Lawrence Meir Friedman e Grant M. Hayden, onde vige uma “mixed jurisdiction” ou “bijural jurisdiction”, uma terceira categoria de sistema jurídico, consistente na simbiose das raízes da tradição romano-germânica com vários institutos e práticas advindos do *common law*. (FRIEDMAN, Lawrence Meir; HAYDEN, Grant M. **American law: an introduction**. 3. ed., New York: Oxford University Press, 2017, p. 15)

e na continuidade, fruto de uma grande evolução sem interrupções, o que não significa seja imutável.¹⁵³

O desenvolvimento do *Common Law* é gradual e ininterrupto, a partir da realidade diária da sociedade. Portanto, sua tradição não limitou o direito aos textos codificados, a qual permaneceu aberta e reservada à ordem judicial. O seu traço mais peculiar é, destarte, a ideia de que é coisa de juristas, os quais devem ser os responsáveis por fixá-lo, exprimi-lo e garantir-lhe o desenvolvimento em entendimento às necessidades de uma sociedade em evolução.¹⁵⁴

Por outro lado, o *Civil Law* tem sua origem marcada pelo estudo do direito romano, consolidado, contudo, pela Revolução Francesa e pela criação de um novo modelo de direito, superando as instituições que dominavam no antigo regime, a partir de uma rígida separação dos poderes e limitação do Judiciário, como forma de concretizar a liberdade, igualdade e certeza jurídica. A valorização da lei deu origem a um intenso processo de codificação do direito, limitando o papel do Juiz, com a finalidade de garantir e idealizada igualdade social.¹⁵⁵

Vale destacar, no entanto, que o Juiz do *Civil Law* buscou a segurança jurídica tanto quanto um Juiz inglês, mas o fez primeiro a partir do direito romano, depois pelos códigos. A doutrina do *Common Law*, porém, encontrou esta mesma segurança nos precedentes judiciais, com ênfase na rigidez e certeza do direito por meio das decisões. Assim, em que pese terem sido fiéis ao mesmo princípio da segurança jurídica, na Europa continental a luta pela segurança sobre os ideais de justiça deu ensejo à era das codificações, enquanto a Inglaterra foi ao encontro desta mesma segurança no sistema de precedentes, evitando a codificação.¹⁵⁶

¹⁵³ GALIO, Morgana Henicka. O Direito e a Cultura Jurídica na Tradição *Common Law*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 360.

¹⁵⁴ GALIO, Morgana Henicka. O Direito e a Cultura Jurídica na Tradição *Common Law*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 361-362.

¹⁵⁵ GALIO, Morgana Henicka. O Direito e a Cultura Jurídica na Tradição *Common Law*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 373-374.

¹⁵⁶ GALIO, Morgana Henicka. O Direito e a Cultura Jurídica na Tradição *Common Law*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p.

Assim, o confronto do sistema da *Civil Law* (romano-germânico) com o sistema do *Common Law*, transcorrido o impacto inicial, evidencia que as diferenças podem ser mais de forma do que de fundo. Se o *Common Law* se apresenta mais suscetível às transformações sociais, concorrendo de forma mais intensa para a evolução da ciência jurídica em termos de criação do direito pelos tribunais, não se pode deixar de anotar a complexidade e insegurança que enseja por conta disso.¹⁵⁷

Observa-se a aproximação entre ambos os Sistemas Jurídicos, que se influenciam mutuamente, em especial em razão da globalização judicial. Tal nova ordem jurídica, resultante da grande troca de informações e conhecimento, tem produzido consequências nas duas grandes tradições jurídicas, pois, enquanto o *Civil Law* passa a atribuir grande importância à interpretação e às decisões judiciais, como tem ocorrido no Brasil, no *Common Law* se observa o grande aumento na produção legislativa,¹⁵⁸ como se percebe das constituições dos estados americanos, em contrassenso à Constituição dos Estados Unidos da América.¹⁵⁹

Para se aferir as razões do curso da história do direito estadunidense, necessária breve digressão a respeito, o que se passa a fazer.

2.2 AS ORIGENS DO DIREITO NORTE-AMERICANO

A mudança rápida foi a regra e não a exceção durante o curso da história Americana.¹⁶⁰ Menos de quatro séculos se passaram desde o início do período colonial, que é comumente datado do primeiro assentamento inglês em Jamestown, Virgínia, em 1607. Nos cerca de 240 anos desde a declaração da independência em 1776, as treze colônias de menos de três milhões de habitantes aglomerados perto

376.

¹⁵⁷ TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. **Considerações e Reflexões Sobre o Direito Norte-Americano**. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/837/782>. Acesso em: 27 jan. 2018, p. 99.

¹⁵⁸ GALIO, Morgana Henicka. O Direito e a Cultura Jurídica na Tradição *Common Law*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 376.

¹⁵⁹ Sobre o tema: VERSTEEG, Mila; ZACKIN, Emily. A Excepcionalidade Constitucional Americana Revisitada. In: **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 695-754, nov. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6667>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁶⁰ Para aprofundamento sobre o tema, sugere-se: FRIEDMAN, Lawrence Meir. **A History of American Law**. 3. ed., New York: Touchstone, 2005.

da costa atlântica tornaram-se 50 estados. As dificuldades durante o transcurso foram de toda ordem.¹⁶¹

Assim como não havia uma evolução uniforme da organização política nas colônias, inexistia desenvolvimento uniforme das leis coloniais. Outrossim, a mesma diversidade de extensão do controle da coroa, datas dos assentamentos e condições de desenvolvimento resultaram em 13 (treze) sistemas legais distintos. Além disso, o território dos Estados Unidos foi ampliado e grandes áreas foram submetidas à soberania espanhola, mexicana, francesa e russa por substancial período. Muitos estados, especialmente a Louisiana, ainda mostram a marca de tais origens (*Civil Law*). Entretanto, as semelhanças entre as leis estaduais superam as diferenças e há, no geral, uma similitude inconfundível com a Inglaterra. A influência dos ingleses não é surpreendente, em vista do idioma e nacionalidade da maioria dos colonizadores.¹⁶²

Havia, porém, pelo menos três obstáculos para a aceitação imediata da lei inglesa no início do período colonial. O primeiro foi a insatisfação com alguns aspectos da justiça inglesa por parte de muitos dos colonizadores, que haviam migrado para o Mundo Novo para fugir daquilo que consideravam condições intoleráveis na Inglaterra. Isso é especialmente verdadeiro para quem foi para a América por conta de questões religiosas, políticas e de liberdade econômica. Um segundo e mais significativo problema foi a falta de advogados/juristas treinados, que continuaram a retardar o desenvolvimento da lei americana ao longo do século XVII; a vida rigorosa nas colônias não atraía os advogados ingleses e poucos colonos recebiam algum treinamento. A terceira era a disparidade de condições entre as duas terras. Particularmente no início, a vida era mais primitiva nas colônias e as tentativas de cópia do modo de vida das famílias inglesas eram grosseiras, na melhor das hipóteses.¹⁶³

O início do século XVIII viu um refinamento considerável da lei colonial e

¹⁶¹ FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Edited by Steve Sheppard. 4. ed., New York: Oxford University Press, 2010, p. 3-4.

¹⁶² FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Edited by Steve Sheppard. 4. ed., New York: Oxford University Press, 2010, p. 9.

¹⁶³ FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Edited by Steve Sheppard. 4. ed., New York: Oxford University Press, 2010, p. 9-10.

um aumento simultâneo da influência das leis inglesas. Com o crescimento do comércio e o aumento da população para trezentos mil em 1700, as fileiras de advogados formados aumentaram e os tribunais de revisão começaram a ser administrados por profissionais. A profissão de advogado colonial, especialmente nas cidades, alcançara a posição social e o sucesso econômico. Isso foi também politicamente marcante, pois 25 dos 56 signatários da Declaração da Independência eram juristas.¹⁶⁴

Durante a primeira parte do século XIX, a agricultura e o comércio dominaram a economia na medida que as energias, a expansão para o oeste e a produção de alimentos básicos para o mercado europeu avançavam. Os Juízes trabalharam para moldar materiais jurídicos ingleses que se ajustassem às condições das suas jurisdições específicas. Eles examinaram a lei pré-revolucionária para determinar sua aplicabilidade às condições americanas e lançaram as bases de diversos campos, tais como contratos, danos, venda de bens, propriedade real e conflito de leis. Às vezes, além das intervenções judicial e da natural legislativa, a lei evoluía a partir de usos e necessidades locais.¹⁶⁵

Os anos da Guerra Civil, de 1861 a 1865, marcam uma rude, mas conveniente divisão entre esse período e o posterior desenvolvimento da lei americana. Os anos que se seguiram à guerra mostraram um rápido aumento da população e sua concentração nas cidades, que testemunhou o crescimento da indústria, do transporte e da comunicação em grande escala, com as complexidades inerentes à forma corporativa de organização. Nessa sociedade industrial em rápida expansão, a criação de um sistema estável de leis adquiriu uma importância crescente. À medida que o volume de jurisprudência aumentou, a incerteza, que tinha sido inevitável e impopular nos anos anteriores, fez com que os esforços se voltassem para a busca de previsibilidade. O principal objetivo das cortes passou a ser a ordenação do sistema e o desenvolvimento lógico dos detalhes. Alguma atividade criativa seria encontrada nas legislaturas, que haviam feito reformas mais ativas do

¹⁶⁴ FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Edited by Steve Sheppard. 4. ed., New York: Oxford University Press, 2010, p. 11-12.

¹⁶⁵ FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Edited by Steve Sheppard. 4. ed., New York: Oxford University Press, 2010, p. 13.

que o Judiciário até a Guerra Civil, mas a estima popular pelas cortes estava no auge e Juízes afirmavam sua autoridade judicial em manter a legislação nos padrões constitucionais.¹⁶⁶

O século XX introduziu uma nova era de mudança e criatividade na lei, marcada pelo aumento do ritmo da legislação, especialmente a que dizia respeito às relações sociais e pela maior dependência das agências administrativas em vez dos tribunais. Durante a segunda década de 1900, o poder administrativo moderno começou a tomar a forma atual, tanto no país quanto nos estados.¹⁶⁷

Enfim, a influência direta do direito inglês contemporâneo na América, que estava desaparecendo na época da Guerra Civil, é insignificante hoje em dia. Apenas raramente os casos ingleses são citados nas decisões judiciais americanas contemporâneas e, ainda mais raramente, surge alguma questão que se volta para a recepção do direito inglês. No entanto, a abordagem fundamental, grande parte do vocabulário e muitos dos princípios e conceitos do *Common Law* são tão familiares nos Estados Unidos quanto na Inglaterra. Casos ingleses, embora escassos, ainda fazem parte da tradição ensinada nas faculdades de direito americanas e, embora os advogados e Juízes americanos possam ignorar as autoridades inglesas, eles são condicionados por ideias inglesas que foram importadas pelo direito americano há dois séculos. Entre os primeiros, destacam-se, o conceito de supremacia do direito, exemplificado nessa tentativa pelo princípio distintivo de que até o Estado está sujeito à revisão judicial sob padrões constitucionais; segundo, a tradição do precedente, pelo qual decisões posteriores são baseadas em casos anteriores; e terceiro, a noção de um julgamento como um processo contencioso, uma disputa, frequentemente diante de um júri, na qual os adversários tomam a iniciativa e o Juiz exerce o papel de árbitro e não de inquisidor.¹⁶⁸

Para resumir, tem-se que o sistema legal americano é uma miscelânea de

¹⁶⁶ FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Edited by Steve Sheppard. 4. ed., New York: Oxford University Press, 2010, p. 13.

¹⁶⁷ FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Edited by Steve Sheppard. 4. ed., New York: Oxford University Press, 2010, p. 15.

¹⁶⁸ FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Edited by Steve Sheppard. 4. ed., New York: Oxford University Press, 2010, p. 15.

princípios emprestados e teorias domésticas. Um sistema adaptável, que muda para atender às necessidades dos tempos. Suas origens podem ser rastreadas ao longo de 4.000 anos tumultuados e ele tem uma dívida indelével de gratidão aos legisladores que vieram antes. Representa os esforços, por vezes controversos, da sociedade para proporcionar justiça e tratamento equânime na resolução de conflitos e na prescrição de comportamentos.¹⁶⁹

2.3 CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO

A Constituição dos Estados Unidos da América, nascida em 1787, estabelece e organiza o governo e as instituições governamentais e determina, em termos gerais, os direitos e as liberdades dos seus cidadãos. Também define a divisão de poderes e a sobreposição de sistemas e competências de forma cuidadosamente equilibrada. Estabelece, assim, um governo nacional forte o suficiente para alcançar as expectativas de toda a nação, ainda que limitado no sentido de proteger e preservar os direitos dos indivíduos e dos estados independentes e soberanos.¹⁷⁰

A divisão de poderes entre o governo nacional e os governos estaduais é conhecida como a “doutrina do federalismo”. Aos três poderes de governo são destinadas atribuições e deveres distintos (separação de poderes), todavia, cada um tem a obrigação de cooperar com os demais, além de fiscalizá-los (freios e contrapesos).¹⁷¹

James Madison, aliás, assentou:

Na composição da república da América, o poder designado pelo povo é inicialmente dividido entre dois governos distintos, e depois a porção alocada para cada um subdivide-se entre departamentos distintos e separados. Assim, nasce um duplo grau de segurança aos direitos do povo. Os governos controlam-se mutuamente, ao mesmo tempo que são controlados por eles mesmos.¹⁷²

¹⁶⁹ CALVI, James V.; COLEMAN, Susan L. **American Law and Legal Systems**. 8. ed., New York: Routledge, 2017, p. 43.

¹⁷⁰ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha; revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 5.

¹⁷¹ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha; revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 5.

¹⁷² James Madison, **Federalist**, n. 51, 349. Ed. Carl Van Doren, The Easton Press, 1979 apud FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha; revisão

Impende destacar, ainda, que a Constituição dos Estados Unidos é um documento duradouro, que vigora desde 1787, e suas características fundamentais continuam intactas desde sua concepção. É um documento muito conciso e condizente com o sistema de *Common Law*, além de possuir diversas e abrangentes provisões, deixando às cortes a missão de desenvolver o significado preciso dos seus termos por meio do *case law* (precedente), característica essa que fornece à Constituição a flexibilidade necessária para que possa adaptar-se e evoluir ao longo do tempo.¹⁷³

Para sintetizar, os sete artigos que compõem o corpo da Constituição dos Estados Unidos estabelecem a estrutura geral e os poderes do governo nacional (Legislativo, Executivo e Judiciário), além de definirem a relação entre o governo federal e os estados. A seção “A” trata da estrutura do governo nacional e o relacionamento entre os três poderes. A seção “B” cuida do federalismo, ou seja, a conexão entre a soberania dos governos dos estados e nacional. No bojo da Constituição também há previsão do procedimento pelo qual ela pode ser emendada (artigo V); da proteção dos direitos e imunidades dos cidadãos (artigo IV); da garantia de credibilidade e concessão de fé aos dados públicos, atos e procedimentos de um estado pelos demais estados (artigo VI); e, por último, define sua a forma de ratificação (artigo VII).¹⁷⁴

Sobre as emendas à Constituição Americana, é de se registrar que o processo é extremamente rígido e foi efetivado poucas vezes em mais de duzentos anos de história da maior lei do país. Apenas 27 emendas foram levadas a efeito, com dois tipos básicos: as que buscaram refinar as estruturas governamentais e suas relações e as que tutelam direitos ou liberdades individuais. Estas últimas são consideradas, em geral, aquelas que têm papel central no desenvolvimento da cultura

técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 5-6. Os papéis federalistas foram uma série de anúncios de jornal desenhados para promover e angariar apoio para a Constituição proposta. Eles foram escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, sob o pseudônimo de “Plubius”.

¹⁷³ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha; revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 6.

¹⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States of America as amended**. Washington: United States Government Printing Office, 2007. Disponível em: www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf. Acesso em: 27 jan. 2018.

legal dos Estados Unidos.¹⁷⁵

A professora Toni Fine, em suma, elucida esse particular:

As primeiras dez Emendas à Constituição, conhecidas como *Bill of Rights*, foram adotadas em 1791. O *Bill of Rights* garante direitos fundamentais às pessoas e protege-as contra atos impróprios, incluindo os do governo federal, o que também reforça a natureza limitada deste em relação aos estados. A Suprema Corte, em casos específicos, decididos ao longo dos anos, estendeu quase todas as garantias contidas no *Bill of Rights* aos estados. Deste modo, podem ser aplicáveis pelos estados, aos estados e pelos governos locais. Esta extensão está baseada na teoria de que as garantias contidas no *Bill of Rights* foram incorporadas pela cláusula do devido processo (*due process*) da décima quarta emenda, a qual, na sua essência, é aplicável aos estados.¹⁷⁶

Destaca-se, enfim, que, de todo o *Bill of Rights*, a Emenda n. 1 é, por certo, a mais importante, uma vez que trata diretamente sobre um dos maiores bens da humanidade: a liberdade de expressão.¹⁷⁷

Por outro lado, imprescindível consignar que, apesar de a Constituição dos Estados Unidos ser um *outlier* global, por conta da sua omissão de direitos positivos, sua brevidade e notável duração e estabilidade, a singularidade do documento tem estimulado um debate apaixonado sobre o excepcionalismo constitucional dos Estados Unidos. Todavia, nem todo o Constitucionalismo norte-americano é assim. Ao longo dos últimos dois séculos, os norte-americanos não escreveram apenas a Constituição Federal, mas também 149 Constituições estaduais e aprovaram milhares de alterações a essas Constituições. Essas Constituições estaduais também são uma parte essencial da tradição constitucional americana e, ainda, enquadram-se nos padrões globais. A partir de dados coletados de todas as constituições estaduais ratificadas entre 1776 e 2011, verificou-se a comparação sistemática das Constituições estaduais dos Estados Unidos às Constituições nacionais do mundo. Usando esses dados, pode-se destacar três características das Constituições

¹⁷⁵ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha; revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 20.

¹⁷⁶ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha; revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

¹⁷⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill Of Rights Americano**: reflexos no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 114.

estaduais que levam a reconsiderar a excepcionalidade constitucional dos Estados Unidos.¹⁷⁸

Em primeiro lugar, como a maioria das Constituições do mundo, as Constituições estaduais são documentos bastante longos e elaborados, que estabelecem as políticas governamentais nos mínimos detalhes. Em segundo lugar, as Constituições estaduais são frequentemente alteradas ou revistas. Por terceiro, as Constituições estaduais contêm direitos positivos. Assim, em nível estadual, os americanos têm escrito suas Constituições de forma muito parecida com os modelos globais. Os resultados, portanto, convidam a reconsiderar não apenas a alegada excepcionalidade constitucional dos Estados Unidos, mas também a natureza das Constituições estaduais, que frequentemente são ridicularizadas por ficarem aquém do exemplo dado pela Constituição Federal e consideradas como de caráter legal e não especificamente constitucional. Entretanto, a análise sugere que as características definidoras de Constituições estaduais não representam apenas um modo subnacional de realização da Constituição, mas definem igualmente as Constituições nacionais e subnacionais. Além disso, esses recursos representam um mecanismo subvalorizado do projeto constitucional que enfatiza a flexibilidade e a especificidade sobre o fortalecimento dos princípios de ordem superior.¹⁷⁹

2.4 O PODER JUDICIÁRIO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O artigo III da Constituição Americana estabelece o Judiciário Federal e, na seção 1, determina que deve haver “uma Suprema Corte” e outras “cortes inferiores que o Congresso deverá, de tempo em tempo, ordenar e estabelecer”.¹⁸⁰

Desde as discussões protagonizadas pelos federalistas e antifederalistas durante a Revolução Americana e até a promulgação da Constituição de 1787, está

¹⁷⁸ VERSTEEG, Mila; ZACKIN, Emily. A Excepcionalidade Constitucional Americana Revisitada. *In: Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 695-754, nov. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6667>. Acesso em: 12 out. 2018, p. 696.

¹⁷⁹ VERSTEEG, Mila; ZACKIN, Emily. A Excepcionalidade Constitucional Americana Revisitada. *In: Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 695-754, nov. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6667>. Acesso em: 12 out. 2018, p. 696-697.

¹⁸⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The Constitution of the United States of America as amended*. Washington: United States Government Printing Office, 2007. Disponível em: www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf. Acesso em: 27 jan. 2018.

assentada, na cultura jurídico-política estadunidense, a autonomia do Poder Judiciário, órgão de Estado independente, detentor de prerrogativas e garantias constitucionais, concretizando, pois, a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), consagrado pelos norte-americanos e copiado por muitos outros países.¹⁸¹

Aliás, os *Papers Federalistas*, que consistem em oitenta e cinco artigos publicados em jornais no Estado de Nova Iorque durante os anos de 1787 e 1788, sob o pseudônimo *Publius*, escritos por três *Founding Fathers* americanos – James Madison, Alexander Hamilton e John Jay –, tinham como objetivo defender as deliberações tomadas na Convenção Constitucional de 1787, que originou a Constituição Americana, a qual, nesse momento, carecia de ratificação pelas treze colônias para a sua vigência. Coube à Alexander Hamilton, nos artigos 78 a 83 da obra, tratar do Poder Judiciário, sua organização, suas garantias, sua independência quanto aos outros Poderes, a relação entre uma justiça federal e as justiças dos estados, a posição da Suprema Corte no cenário político e jurídico do país e o papel do Tribunal do Júri no sistema americano.¹⁸²

Hamilton apregoou, no artigo n. 78, que não se deve supor que a Constituição possa permitir aos representantes do povo substituir sua vontade pela de seus constituintes. Seria muito mais racional supor que os tribunais foram designados como um órgão intermediário entre o povo e o legislador, a fim de, entre outras coisas, manter o último dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. A interpretação das leis seria a província apropriada e peculiar dos tribunais. A constituição deve ser considerada pelos Juízes como uma lei fundamental. Portanto, cabe a eles determinarem seu significado, o qual deve ser uma variação irreconciliável entre os dois, que tem obrigação e validade superiores e deve, é claro, ser preferida aos estatutos, à intenção do povo e à intenção de seus agentes. Essa conclusão também não supõe, de forma alguma, uma superioridade do Poder Judicial em relação ao Poder Legislativo. Significa apenas que o poder do povo seja superior a

¹⁸¹ REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 103.

¹⁸² REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 106.

ambos e que, quando a vontade do legislador, declarada em seus estatutos, se opõe à do povo, declarada na Constituição, os Juízes devem ser orientados por esta e não por aqueles.¹⁸³

Alexis de Tocqueville, ao estudar a Democracia na América, registrou, em 1835, não ter conhecimento de que nenhuma outra nação do mundo tenha organizado um Poder Judiciário sob o princípio adotado pelos americanos. A organização do Poder Judiciário dos Estados Unidos era algo que o estrangeiro tinha a maior dificuldade em entender. No entanto, a posição de um Juiz americano é perfeitamente semelhante à do magistrado de outras nações, isto é, ele é investido de imenso poder político. A causa da diferença está no simples fato de os americanos terem reconhecido o direito dos Juízes de fundamentar suas decisões na Constituição e não nas leis. Em outras palavras, eles deixaram os Juízes em liberdade para não aplicar as leis que possam parecer inconstitucionais. Tocqueville dizia estar ciente que um direito semelhante foi reivindicado (em vão) pelos tribunais de outros países, mas na América foi reconhecido por todas as autoridades. Este fato só pode ser explicado pelos princípios das Constituições americanas. Nos Estados Unidos, a Constituição governa o legislador mais do que o cidadão particular: como é a primeira das leis, não pode ser modificada por uma lei e é, portanto, justo que os tribunais obedeçam à Constituição. Sempre que uma lei que o Juiz considera inconstitucional é discutida em um tribunal dos Estados Unidos, ele pode se recusar a admiti-la como regra. Esse poder era o único que era peculiar ao magistrado americano, porém lhe dá imensa influência política. Para que isso não se solidifique, deve-se recorrer a uma das duas alternativas: o povo deve alterar a Constituição ou o legislador deve revogar a lei. Dentro de alguns limites, o poder investido nos tribunais americanos de declarar inconstitucional um estatuto constitui uma das barreiras mais poderosas já criadas contra a tirania das assembleias políticas.¹⁸⁴

A tarefa de julgar nos Estados Unidos é realizada sob estruturas organizacionais mais complexas e confusas do que as encontradas na maioria dos

¹⁸³ Hamilton apud MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, Charles Herman; EPSTEIN, Lee. **Courts, Judges, and Politics: an introduction to the judicial process**. 5. ed., New York: McGraw-Hill, 2002, p. 22-23.

¹⁸⁴ MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, Charles Herman; EPSTEIN, Lee. **Courts, Judges, and Politics: an introduction to the judicial process**. 5. ed., New York: McGraw-Hill, 2002, p. 23-25.

outros países. Existem, em primeiro lugar, dois sistemas completos de tribunais – federais e estaduais –, com todos os problemas inerentes à definição de suas respectivas jurisdições. Então, existem cinquenta exceções diferentes, baseadas em modelos e suposições que datam do século XVIII ou anteriores. Cada um desses sistemas é composto de vários níveis de tribunais dispostos em estruturas hierárquicas que fornecem canais de comunicação entre os tribunais e asseguram uma medida de controle por tribunais superiores.¹⁸⁵

O professor Friedman corrobora ao assentar que o sistema judiciário americano é complexo. Cada estado executa seu próprio sistema separado de tribunais; não há dois sistemas estaduais exatamente iguais. Os detalhes técnicos e estruturais de cada tribunal podem ser confusos até mesmo para os advogados americanos. O duplo sistema de tribunais no país torna as coisas ainda mais confusas. Existe uma cadeia de tribunais nacionais (federais) acima ou ao lado dos tribunais dos estados individuais. Há pelo menos um tribunal federal (distrital) em todos os estados, podendo haver mais de um em estados mais populosos. Uma pessoa que mora na Filadélfia, então, por exemplo, está sujeita à jurisdição de dois tribunais muito diferentes: o tribunal local da Pensilvânia e o tribunal federal local e pode ser processado ou processar em qualquer um deles, dependendo do caso.¹⁸⁶

As cortes federais e as estaduais constituem, portanto, sistemas paralelos e soberanos. Com algumas exceções, os casos são submetidos alternativamente ao sistema de cortes federais ou ao de cortes estaduais, porém, normalmente, um caso não migra de um sistema judicial ao outro.¹⁸⁷

Geralmente, cada sistema estadual tem no seu vértice uma corte suprema estadual. Além disso, contra as decisões dos Juízes estaduais, desde que haja controvérsia no tocante à aplicação de direito federal, pode ser interposto recurso à Suprema Corte Americana, que tem singular competência, através dos seus nove

¹⁸⁵ MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, Charles Herman; EPSTEIN, Lee. **Courts, Judges, and Politics: an introduction to the judicial process**. 5. ed., New York: McGraw-Hill, 2002, p. 79.

¹⁸⁶ FRIEDMAN, Lawrence Meir; HAYDEN, Grant M. **American law: an introduction**. 3. ed., New York: Oxford University Press, 2017, p. 55.

¹⁸⁷ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha; revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 31.

Juízes, de exercer papel político-constitucional, o que não se percebe tanto em outras Cortes Constitucionais no mundo. No âmbito federal, existem cortes de apelação para análise das decisões do juízo singular e, ainda, contra a decisão de qualquer Juiz federal pode ser interposto recurso à Suprema Corte, que tem competência para efetuar o controle de constitucionalidade das leis, decidindo, sob sua discricionariedade, quais processos irá julgar – habitualmente, os que terão maior impacto no sistema jurídico norte-americano e sejam sensíveis ao desenvolvimento econômico do país –, daí se percebendo a linha tênue entre as relações jurídicas e políticas que a circundam.¹⁸⁸

2.4.1 A Suprema Corte Americana

A Suprema Corte dos Estados Unidos, referida na Constituição de 1787 como Suprema Corte (*Supreme Court*)¹⁸⁹, é responsável pelo início e desenvolvimento da primeira modalidade de controle de constitucionalidade confiado ao Poder Judiciário. A propósito, como já registrado, as cortes supremas não se reduzem a simples órgãos judiciários. São instituições políticas, que, com suas decisões, concorrem para moldar a estrutura administrativa, política e econômica de um país. A Suprema Corte Americana não foi diferente, tanto porque, como assinala Hughes¹⁹⁰, *the Constitution is what the judges say it is*.¹⁹¹

A sede da Suprema Corte fica em Washington e tem jurisdição sobre todo o território dos Estados Unidos da América, porém, antes de a capital ser construída, a corte funcionou em Nova Iorque e lá realizou sua primeira sessão em 2 de fevereiro de 1790. Após, mudou-se para a Filadélfia, onde permaneceu até a construção de Washington, em 1800. Na capital, exerceu suas atividades em diferentes salas

¹⁸⁸ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução do Direito e desenvolvimento**: estudo comparado para a reforma do sistema judicial. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 446.

¹⁸⁹ O nome Suprema Corte dos Estados Unidos lhe foi atribuído pela Lei Judiciária de 1789 (*Judiciary Act of 1789*), ato normativo ordinário responsável por, entre outras coisas, organizar o Judiciário na recém-criada federação.

¹⁹⁰ A Constituição é o que os Juízes dizem que é (tradução livre). Charles Evans Hughes integrou a Suprema Corte de 1930 a 1941. Foi apontado *Chief Justice* pelo Presidente Hoover (1929-1933) e tal frase foi proferida quando ele era governador de Nova Iorque, antes, portanto, de ingressar na Suprema Corte.

¹⁹¹ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.

(*chambers*) no Capitólio, inicialmente naquela que é conhecida hoje como *Old Supreme Court Chamber* (1819-1860) e depois na *Old Senate Chamber*, que antes havia sediado as reuniões do Senado, local em que permaneceu de 1860 a 1935, ano da conclusão do seu majestoso prédio, que é a sua sede desde então. O prédio próprio é fruto de iniciativa de Willian Howard Taft, que, em 1929, conseguiu do Congresso os recursos para o início da obra. *Chief Justice* Taft foi o único homem na história dos Estados Unidos a exercer a Presidência da República (1909-1913) e a Presidência da Suprema Corte (1921-1930).¹⁹²

O arquiteto Cass Gilbert tinha grandes ambições em relação ao design projetado para a casa nova da Suprema Corte – que ele chamava de o “maior tribunal do mundo, um dos três maiores elementos no nosso governo”. Gilbert sabia que o acesso, assim como sua própria edificação, definiria a experiência do edifício, porém, o local designado para a construção – um terreno assimétrico apertado entre o Capitólio e a Biblioteca do Congresso –, juntamente a outros edifícios exaltados de Washington – o próprio Capitólio, o Monumento a Washington, o Memorial Lincoln, etc. –, inspiravam respeito e admiração com suas vias sacramentais de acesso. Para poder transmitir aos visitantes a magnitude e a importância do processo judicial que acontece no interior da Corte, Gilbert apostou em degraus, recuando as alas do edifício para que sua fachada se tornasse um pórtico com uma enorme e imponente escadaria, a simbolizar, para quem a subisse, uma marcha americana para a justiça, que ficava em um plano mais alto.¹⁹³

Atualmente, o tribunal é composto por um Juiz presidente (*Chief Justice*) e oito Juízes associados (*Associate Justices*). Exerce as jurisdições originária e recursal. Sua principal função é atuar como o último tribunal de revisão de todos os casos no sistema federal e alguns, nos sistemas estaduais. A revisão pela Suprema Corte, todavia, não é uma questão de direito. Uma parte que intente seja seu reclamo analisado pela Corte (chamado *peticionário*) é obrigada por estatuto a registrar uma petição por um *writ of certiorari* no tribunal. A outra parte, chamada de respondente

¹⁹² SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 4.

¹⁹³ TOOBIN, Jeffrey. **Os nove**: por dentro do mundo secreto da suprema corte. Tradução de Paulo André Vieira Ramos Arantes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 13-14.

(réu), terá o direito de se opor à concessão do mandado. O Tribunal concede *certiorari* apenas quando existem razões especiais e importantes para isso. Se quatro ou mais Juízes são a favor da concessão do pedido, o assunto objeto do mandado e o caso são aceitos. A Corte, portanto, controla seu processo, reservando seu tempo e esforços para os casos que parecem aos Juízes merecer consideração. A Suprema Corte é o único tribunal criado especificamente na Constituição (tradução livre).¹⁹⁴

Incumbe à Suprema Corte dirimir os conflitos embasados na Constituição Federal, lei federal ou tratado; que tratem de direito almirantado ou marítimo; que envolvam litígios nos quais os Estados Unidos seja parte; que tratem de conflito entre dois ou mais estados da federação; entre cidadãos de diferentes estados ou países estrangeiros; entre um estado e indivíduos ou países estrangeiros; e entre cidadãos do mesmo estado, se estiverem disputando a propriedade de uma terra em diferentes unidades da federação.¹⁹⁵ Não obstante, aparentemente a Suprema Corte tende a tornar a lei processual penal mais uniforme em todo o país, enquanto as regras de processo civil variam mais de estado para estado (tradução livre).¹⁹⁶

Vale destacar que, nos primeiros anos de funcionamento, antes de John Marshall se tornar *Chief Justice*, o prestígio da Suprema Corte era diminuto. Contudo, de uma corte esnobada nos primeiros anos de existência, o tribunal tornou-se umas das instituições mais respeitadas dos Estados Unidos. Em apertada síntese, registra-se, dentre tanto exemplos, que a corte contribuiu para modificar relações sociais entre negros e brancos (*Brown v. Board of Education*); permitiu a publicação pela imprensa de informações militares em tempo de guerra (*The Pentagon Papers*); estabeleceu, de forma contundente, o direito de a mulher decidir sobre a continuidade de sua gravidez (*Roe v. Wade*); alargou o conceito de liberdade de expressão, julgando constitucional a “queima” da bandeira nacional (*Texas v. Johnson*); restringiu a noção do “Executive privilege” e, indiretamente, contribuiu para a renúncia de um Presidente da República (*United States v. Nixon*); fixou o critério de contagem de votos e, desse

¹⁹⁴ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 11. ed., Stamford: Cengage Learning, 2015, p. 148.

¹⁹⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução do Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 464.

¹⁹⁶ CALVI, James V.; COLEMAN, Susan L. **American Law and Legal Systems**. 8. ed., New York: Routledge, 2017, p. 47.

modo, possivelmente alterou o curso de uma eleição presidencial (*Bush v. Gore*); erigiu salvaguardas ao *habeas corpus* para alcançar estrangeiros suspeitos de participação em atos terroristas – mesmo depois do 11 de setembro –, que modificou o curso da história mundial recente (*Boumediene v. Bush*).¹⁹⁷

Basicamente, porém, o que se tem é que a Suprema Corte é um tribunal de apelação. Sua principal função é ouvir e decidir os casos de tribunais federais inferiores e, às vezes, dos tribunais dos estados. Uma das funções mais importantes da Corte é resolver conflitos que surgem entre os circuitos. Tecnicamente, os litigantes costumam levar seus processos perante este Tribunal não por um "recurso", mas pela apresentação de um documento. Ele existe continuamente desde que as primeiras nomeações são chamadas de petição, como dito, de um *writ of certiorari*. Dessas petições, são deferidas e o Tribunal toma decisões completas em menos de 100 casos por ano. Na maioria dos casos, o *certiorari* é negado".¹⁹⁸

A corte decide os casos antes de se chegar à fase dos argumentos resumidos por escrito pelas partes e, na maioria das vezes, depois da sua apresentação oral. Os Juízes, então, encontram-se em sessão privada para discutir o caso e dar o voto preliminar. Um dos Juízes é escolhido como relator do processo, a fim de glosar a opinião em nome da maioria, enquanto o Juiz-chefe assume a função de relatar o processo, caso ele integre a maioria, ou ele pode atribuir a relatoria a si mesmo, ou a algum outro Juiz da maioria. Se o chefe não estiver na maioria, o relatório é feito pelo Juiz associado sênior. Os demais Juízes emitem opiniões divergentes e concorrentes.¹⁹⁹

Em arremate, imprescindível consignar que, embora a Constituição norte-americana não tenha estabelecido expressamente o controle de constitucionalidade, a Suprema Corte, no famoso caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, reconheceu esse poder a si própria, baseando-se na supremacia da

¹⁹⁷ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 5.

¹⁹⁸ HUMBACH, John A. **Whose Monet?: an introduction to the American legal System**. 2. ed., New York: Wolters Kluwer, 2016, p. 44.

¹⁹⁹ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha; revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 38.

Constituição. *Marbury* foi a decisão que inaugurou, de forma clara, a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis, ao evidenciar, além da supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e a competência do Judiciário como seu Intérprete e guardião. A conhecida decisão do Juiz Marshall deu origem tanto ao controle de constitucionalidade como ao modelo de controle difuso federal, esclarecendo caber também a todos os Juízes negarem aplicação às normas infraconstitucionais que conflitem com a Carta Magna.²⁰⁰

Daí a profundidade da frase dita por Eisenhower, ex-presidente dos Estados Unidos da América, quando, em 1961, ao ser indagado por Fred Friendly, então jornalista, se ele havia cometido algum grande erro como presidente, subitamente afirmou: “Sim, dois, e ambos estão sentados na Suprema Corte”.²⁰¹

2.4.2 O processo de seleção de juízes à Suprema Corte Americana

Tem sido eloquentemente argumentado que o único fator com maior probabilidade de provocar a revolução é um sentimento de injustiça na massa do povo. O tipo de homem que está na judicatura deve necessariamente ter muito a ver com a presença ou ausência desse sentimento. É um fato impressionante que, embora a lei substantiva tenha variado muito de tempos em tempos e de lugar a lugar, todos os povos, em todos os lugares e sempre, parecem ter sido unânimes no desejo de Juízes confiáveis para julgar com justiça e sem medo ou favor. Algum tempo depois de 2500 a.C., um dos antigos reis heracleopolitanos do Egito enviou uma mensagem de instruções a seu filho, parte da qual, em linhas gerais e outras palavras, dizia da necessidade de tornar grandes teus nobres, para que eles executem tuas leis. Quatro ou cinco séculos depois, um nobre egípcio escreveu em sua tumba: "Fui quem ouviu casos de acordo com os fatos sem demonstrar parcialidade àquele que detinha a recompensa, pois eu era rico e de luxo".²⁰²

É tolice, teria dito Xenofonte no quarto século antes de Cristo, que os

²⁰⁰ BRANDÃO, Rodrigo (Org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 312-313.

²⁰¹ Eisenhower apud REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 119.

²⁰² HAYNES, Evan. **The Selection and Tenure of Judges**. Clark: The Lawbook Exchange, 2005, p. 3.

magistrados devam ser escolhidos pelo “feijão”, isto é, por sorteio, quando ninguém sonharia em sortear um piloto, pedreiro, flautista ou qualquer outro artesão, cujas falhas sejam muito menos prejudiciais do que aqueles que são cometidos no governo.²⁰³

Nessa perspectiva histórica, o consenso sobre o método mais apropriado de seleção de Juízes nos Estados Unidos provou ser “ilusório”, a princípio, para os redatores da Constituição. O “Plano de Nova Jersey” de William Paterson previa a nomeação judicial de um executivo eleito pela legislatura. Uma resolução posterior colocou a nomeação de Juízes exclusivamente nas mãos do Senado. A alternativa de James Madison exigiria a nomeação do presidente, sujeita a dois terços da desaprovação do Senado. Finalmente, após três meses de debate, a Comissão de Assuntos Adiados propôs a linguagem que foi adotada na Constituição: “o presidente nomeará, e por e com o conselho e consentimento do Senado, indicará juízes da Suprema Corte”.²⁰⁴

Como o debate sobre a Constituição foi travado em convenções estaduais de ratificação, a principal preocupação dos delegados com a cláusula de indicação dos juízes era que ela dava muita influência e poder ao Senado. Eles temiam que o poder de veto do Senado muitas vezes poderia se traduzir em uma força de fato para escolher candidatos. Os seus piores temores foram logo percebidos no contexto de nomeações de tribunais federais inferiores. No século XIX, a prática de nomear Juízes de distrito federal evoluiu para um sistema bastante elaborado de negociação entre o executivo e o legislativo, fundamentando-se em normas políticas e não constitucionais. Muitos senadores assumiram um poder de veto quase absoluto sobre a seleção dos Juízes em seus estados de origem. O presidente, entretanto, desfrutou de uma discrição relativamente maior ao escolher candidatos para a Suprema Corte dos EUA, embora o Senado, é claro, tenha exercido sua autoridade para desafiar os indicados durante o processo de confirmação subsequente e, por mais de um século, em algumas ocasiões entre 1789 e 1900, o Senado rejeitou, adiou ou não tomou nenhuma decisão em quase um quarto dos indicados ao Supremo Tribunal. Os

²⁰³ HAYNES, Evan. **The Selection and Tenure of Judges**. Clark: The Lawbook Exchange, 2005, p. 4.

²⁰⁴ YALOF, David Alistair. **Pursuit of Justices: presidential politics and the selection of Supreme Court nominees**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 8.

primeiros presidentes americanos enfrentaram, assim, um conjunto de desafios assustadores na seleção de Juízes adequados à Suprema Corte.²⁰⁵

Todavia, é um tanto enganador que o texto constitucional especifique um método para selecionar Juízes federais. Para ter certeza, os processos formais são os mesmos, independentemente de o candidato servir em um tribunal distrital dos EUA, em um tribunal de apelações ou na Suprema Corte: o presidente nomeia e o Senado aconselha e concorda ou não com a nomeação. Os processos informais, no entanto, variam de um nível para outro. Quando surgir qualquer vaga no âmbito federal diferente da Suprema Corte, a equipe do procurador-geral começa a compilar listas de candidatos e reunir arquivos. Os nomes vêm de muitas fontes, incluindo autoridades estaduais e federais, grupos de interesse, associações de advogados e até o presidente. Os candidatos que sobrevivem a essa triagem inicial, recebem questionários sobre suas vidas pessoais, que retornam ao Departamento de Justiça e (durante algumas, mas não todas as presidências) ao Comitê do Judiciário Federal da *American Bar Association* (ABA)²⁰⁶. O Departamento de Justiça solicita a esse comitê que avalie o candidato "informalmente". Se a recomendação do Comitê ABA for favorável, o FBI realiza uma verificação de segurança e o Comitê ABA é solicitado a emitir um relatório formal (que inclui os votos de seus membros). O presidente pode tomar a decisão final, mas, geralmente, o procurador-geral ou um de seus assistentes, notadamente o vice-procurador-geral, faz a seleção de vagas nos tribunais inferiores. A Casa Branca, então, transmite a indicação ao Senado, que, por sua vez, remete o assunto à sua Comissão do Judiciário. Após audiências nas quais o candidato e outras partes interessadas possam testemunhar, o Comitê vota; se favorável, envia a indicação ao Senado completo com uma recomendação formal para confirmar o candidato. Finalmente, o Senado vota. Os candidatos que recebem a aprovação da maioria são empossados como Juízes federais. Espreitando sob esse processo básico, no entanto, existem diferenças reais – tanto no processo em si quanto nas

²⁰⁵ YALOF, David Alistair. **Pursuit of Justices**: presidential politics and the selection of Supreme Court nominees. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 8-9. (tradução livre)

²⁰⁶ A American Bar Association (ABA), fundada em 21 de agosto de 1878, é uma associação voluntária de advogados e estudantes de direito dos Estados Unidos. As atividades da ABA incluem a definição de padrões acadêmicos para as escolas jurídicas e a formulação de um código ético para questões relacionadas ao direito. A ABA possui 411.000 membros. A sua sede nacional fica em Chicago, Illinois e, além disso, a associação mantém uma filial considerada importante em Washington, D.C..

expectativas de vários atores políticos – dependendo do nível do tribunal envolvido.²⁰⁷

O presidente tem os mais amplos critérios para preencher uma vaga na Suprema Corte, na medida em que ele pode basear sua decisão em vários fatores, incluindo o avanço de sua própria agenda partidária, política ou pessoal, em vez de se contentar com as preferências de determinadas pessoas do Senado. E, no entanto, como as indicações da Suprema Corte são as mais visíveis ao público, elas são também as mais controversas. Embora a imprensa geralmente não cubra as nomeações para os tribunais inferiores, as matérias de primeira página geralmente cercam as indicações à Suprema Corte. Além disso, em contraste com o caráter insípido das audiências do Senado sobre os nomeados nos tribunais inferiores, os processos de nomeação para a Suprema Corte são frequentemente elaborados e explosivos. Grupos interessados podem usar essas audiências como um fórum para expressar suas opiniões sobre o curso do Direito Constitucional e os senadores podem utilizar a publicidade da ocasião para expressar oposição ao candidato, ao presidente ou ao Tribunal. Esse motivo de conflito sugere que o presidente, embora livre para nomear candidatos de sua própria escolha, ainda enfrenta restrições reais se quiser que seu candidato seja confirmado. O costume impõe limitações muito mais restritas à liberdade de escolha presidencial dos Juízes dos tribunais distritais. Nesse nível, os senadores esperam desempenhar um papel importante, talvez o decisivo. Quando ocorre uma vaga em um tribunal distrital, um senador do partido do presidente naquele estado normalmente envia um ou mais nomes de candidatos à equipe do procurador-geral para consideração. Mas, o Departamento de Justiça, atuando através do vice-procurador-geral, também realiza sua própria busca por talentos promissores. Se houver um conflito de opiniões entre o senador e a administração, o senador pode ameaçar bloquear a confirmação invocando cortesia senatorial. É uma regra que o Senado sempre segue, exceto nos casos em que isso não acontece. Em resumo, o Senado não confirmará um candidato a Juiz no estado de um senador do mesmo partido que o presidente se o candidato não atender à aprovação do senador. Assim, geralmente é feito um acordo.²⁰⁸

²⁰⁷ MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, Charles Herman; EPSTEIN, Lee. **Courts, Judges, and Politics: an introduction to the judicial process**. 5. ed., New York: McGraw-Hill, 2002, p. 138-139.

²⁰⁸ MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, Charles Herman; EPSTEIN, Lee. **Courts, Judges, and Politics:**

O papel que os senadores desempenham no início do processo de nomeações para os tribunais de apelação cai um pouco entre os da Suprema Corte e os dos tribunais distritais. Como cada circuito cobre mais de um estado, os senadores de vários estados reivindicam as nomeações. No entanto, é verdade que os julgamentos em cada circuito foram alocados por costume entre os estados componentes. Consequentemente, quando ocorre uma vaga, um senador afirma que o sucessor deve pertencer ao mesmo estado que o antigo titular, dando assim ao senador desse estado uma garantia sobre a posição.²⁰⁹

As nomeações para a Suprema Corte são mais políticas do que para qualquer corte inferior. Os presidentes nomearam velhos camaradas, políticos famosos, membros merecedores do gabinete, pessoas porque eram do Sul ou, porque não eram do Sul. Os Juízes da Suprema Corte, quase sempre homens com formação política, ocasionalmente mantêm seu gosto pela política depois da nomeação, apesar da política no processo de seleção. Não obstante, a Suprema Corte tem um histórico impecável de honestidade e elaborou suas decisões com cuidado.²¹⁰

Em suma, em contraste mais ou menos compreensível, tudo o que é necessário para reduzir as seleções de Juízes federais, um presidente faz um esforço razoável para saber quem ele está prestes a enviar à Suprema Corte, por que está fazendo isso e o que ele espera do desempenho de sua escolha uma vez na mais alta corte – à qual, como já salientado alhures, Alexis de Tocqueville havia comentado um século e meio atrás que nenhuma outra nação jamais constituiu um Judiciário tão poderoso como os americanos, sem o qual a Constituição seria letra morta. Tocqueville estava plenamente vivo para Hamilton dos *Federalist Papers* (n. 78), que sabia que, como o único poder da Corte é decidir com a bolsa e a espada nas mãos do Legislativo e do Executivo respectivamente, o Judiciário constituiria o ramo menos perigoso do governo. No entanto, o francês percebeu corretamente os poderes da Corte, não apenas quanto à autenticidade, mas também à sua influência muito real

an introduction to the judicial process. 5. ed., New York: McGraw-Hill, 2002, p. 139-140.

²⁰⁹ MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, Charles Herman; EPSTEIN, Lee. **Courts, Judges, and Politics:** an introduction to the judicial process. 5. ed., New York: McGraw-Hill, 2002, p. 140.

²¹⁰ FRIEDMAN, Lawrence Meir. **A History of American Law.** 3. ed., New York: Touchstone, 2005, p. 283-284.

nos destinos da nação, tal como a história demonstrou amplamente.²¹¹

2.4.3 Alguns fatos e observações à forma de seleção

Durante o último meio século, as nomeações da Suprema Corte tornaram-se eventos políticos de alto risco. Como resultado, muitos cientistas sociais foram atraídos para estudar batalhas de confirmação acaloradas como um meio de obter novas ideias sobre a natureza do recrutamento da Suprema Corte. Por outro lado, as discussões se concentraram mais na construção de consenso e na resolução de conflitos durante o estágio inicial do processo de nomeação. A política de confirmação bem-sucedida dependeria mais se o presidente tomou decisões de seleção astutas durante os estágios iniciais do processo, sem olvidar a corda bamba política que os presidentes modernos andam enquanto tentam escolher candidatos nessa atmosfera política altamente carregada. Os interesses organizados de todos os lados do espectro político podem tentar influenciar a escolha de um candidato desde o início. Os senadores, sintonizados com essas mudanças no ambiente político, podem assumir posturas mais agressivas contra uma nomeação antes mesmo de o presidente formalmente fazê-la. O aumento da atenção da mídia pode assustar alguns candidatos em potencial, restringindo ainda mais a descrição presidencial. Menos mal, sob o ponto de vista democrático, que os presidentes modernos possuem meios para responder a expectativas elevadas nesse contexto, notadamente se considerado o constante crescimento à sofisticada tecnologia de pesquisa em computação para encontrar informações sobre candidatos em potencial.²¹²

Após uma análise mais detalhada, verifica-se a existência de vários padrões significativos na seleção de candidatos. Primeiro, ao formular a abordagem de sua administração para preencher vagas na Suprema Corte, um presidente geralmente se sente compelido a melhorar as práticas de seu antecessor e, em particular, a evitar erros anteriores. Às vezes, o atual titular do cargo está respondendo às críticas de que um ex-presidente selecionou candidatos de qualidade baixa. Talvez

²¹¹ ABRAHAM, Henry Julian. **Justices, Presidents, and Senators**: a history of the U.S. Supreme Court appointments from Washington to Bush II. 5. ed., new and revised edition, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2008, p. 5.

²¹² YALOF, David Alistair. **Pursuit of Justices**: presidential politics and the selection of Supreme Court nominees. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 168-169.

o presidente anterior tenha sido obrigado a comprometer suas prioridades ideológicas prematuramente; portanto, o presidente em exercício pode querer agir com mais firmeza em seu objetivo de encontrar um candidato com o seu pensamento. No extremo oposto, um presidente anterior pode ter enviado um candidato altamente controverso ao Senado, apenas para ver sua indicação cair em uma derrota ignominiosa. Nesse processo, esse presidente pode ter enfraquecido sua posição com o público e suas relações com o Congresso. Essas experiências negativas podem fornecer um cenário ameaçador para presidentes subsequentes obrigados a escolher entre prioridades conflitantes.²¹³

O presidente Eisenhower, por exemplo, reagiu à deferência de Truman por "camaradas", exigindo que cada candidato da alta corte possuísse alguma experiência judicial em seu passado. O presidente Kennedy, por sua vez, respondeu ao método de Eisenhower de escolher candidatos realizando uma pesquisa mais abrangente, menos restrita a esses critérios. Em 1968, o candidato Nixon assistiu ao caso "Fortas"²¹⁴ de perto; uma vez no cargo, ele fez questão de escolher candidatos que mal conhecia. Distanciando-se da rejeição pública de Nixon ao processo de revisão da ABA, o presidente Ford confiou pesadamente na ABA para examinar candidatos. Os assessores de Reagan no Departamento de Justiça conheciam bem a história dos ex-presidentes republicanos, cada vez mais desiludidos com os indicados que inesperadamente se tornaram liberais na Corte. Por conseguinte, concentraram seus esforços de recrutamento em Juízes com registros comprovados como conservadores. Reagan também se alinhou a uma segunda tendência moderna no recrutamento da Suprema Corte: selecionar os Juízes dos tribunais do circuito federal, como forma de se verificar o melhor indicador disponível para prever o futuro comportamento de voto de um indivíduo. Ocorre que, atualmente, a maioria dos Juízes dos tribunais de circuito traça um curso de moderação em questões políticas, evitando os pontos de vista polarizadores que mais tarde resultam em uma trilha problemática. De outro norte, professores de direito, congressistas, funcionários do executivo e outros geralmente obtêm sucesso nessas posições, precisamente porque

²¹³ YALOF, David Alistair. **Pursuit of Justices**: presidential politics and the selection of Supreme Court nominees. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 169.

²¹⁴ Em 1968, Lyndon B. Johnson propôs Abe Fortas e o Senado o bloqueou, até que o presidente desistiu de sua ideia.

estão dispostos a enfrentar as controvérsias públicas mais acaloradas da sociedade.²¹⁵

Vale lembrar que Thomas Jefferson contribuiu materialmente para a desconfiança no Judiciário e para a ideia de que a Eleição popular de Juízes por períodos curtos era viável e desejável. Antes de se tornar presidente, Jefferson defendeu a nomeação de Juízes, enquanto tivessem bom comportamento (vitaliciedade). Mas, após a decisão de *Marbury v. Madison* e sua disputa pública e pessoal com Marshall que se seguiu, ele ficou convencido de que o poder dado aos Juízes para anular a legislação aprovada pelo Congresso e pelo Presidente, sem medo de perder seus cargos, foi inconsistente com os princípios democráticos: "É impróprio chamar republicano um governo no qual um ramo do poder supremo é independente da nação". Após o julgamento e fracasso do *impeachment* como meio de remover Juízes politicamente indesejáveis, ele decidiu que a constituição deveria ser alterada de modo a limitar os Juízes a mandatos de seis anos, com a possibilidade de uma renomeação pelo presidente com a aprovação de ambas as casas legislativas. Se isso não fosse suficientemente independente, seria melhor que a total irresponsabilidade dos Juízes. Ele expressou seus pontos de vista com frequência e por muito tempo, e, sem dúvida, fez muito para mudar o pensamento em favor das evoluções democráticas no judiciário que já se formavam nos estados. Ele até expressou a opinião de que talvez a Eleição popular de Juízes pudesse ser satisfatória. Seus ataques a Marshall também concentraram a atenção e promoveram ressentimentos contra Juízes estaduais que invalidaram atos do legislativo. Em uma carta de 28 de setembro de 1820, ele escreveu²¹⁶:

Você parece considerar os juízes como os árbitros finais de todas as questões constitucionais; uma doutrina muito perigosa e que nos colocaria sob o despotismo de uma oligarquia. Nossos juízes são tão honestos quanto os outros homens e não mais do que isso. Eles têm, como os outros, as mesmas paixões por partidos, pelo poder e pelos privilégios de sua corporação. O constituinte tornou todos os poderes iguais e soberanos. Quando os membros do legislativo ou do executivo agem inconstitucionalmente, eles são responsáveis pelo

²¹⁵ YALOF, David Alistair. **Pursuit of Justices**: presidential politics and the selection of Supreme Court nominees. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 169-172.

²¹⁶ HAYNES, Evan. **The Selection and Tenure of Judges**. Clark: The Lawbook Exchange, 2005, p. 93-94.

povo em sua capacidade eletiva. A isenção dos juízes é bastante perigosa. O verdadeiro corretivo dos abusos do poder constitucional é educar o povo (tradução livre).²¹⁷

Para corroborar, *mutatis mutantis*, impende trazer à baila valiosa história trazida por Piero Calamandrei, ainda que de época muito distinta:

Um amigo americano, falando-me dos magistrados da Suprema Corte, que são nomeados sem limites de idade, queria demonstrar-me que a mais segura garantia de independência para os juízes é a velhice, porque o velho (dizia ele) não tem mais ambições. Admitamos que seja verdade (mas eu duvido). Se for verdade, é de temer que os juízes, demasiado velhos não tenham mais nem mesmo a ambição de ser justos. A justiça é um fluido vivo, que circula nas fórmulas vazias da lei como o sangue nas veias; temo que as sentenças dos juízes velhos demais também sofram de arteriosclerose: exteriormente, as fórmulas parecem intactas, mas a justiça já não circula por elas.²¹⁸

Outro fator de alguma consequência no movimento para colocar os Juízes sob controle popular, parece ter sido a ideia de que os Juízes americanos, muito mais do que os Juízes em geral, foram investidos em funções legislativas. Essa ideia surgiu do fato de que a lei comum era, em muitos estados, vista como um sistema alienígena, que, longe de ser vinculativo para os tribunais, deveria ser considerado com suspeita. E, não havendo um corpo considerável de leis precedentes, os tribunais de necessidade agiram com frequência sem qualquer controle de alguma autoridade.²¹⁹

De outra banda, parece razoável dizer que as causas fundamentais dos estados americanos terem adotado um sistema eleitoral para escolha dos Juízes com mandato tinham muito pouco a ver com os méritos relativos deste ou daquele sistema de seleção, mas eram, antes, as ideias e impulsos de um movimento violento em direção à democratização do governo em geral. Os países mais maduros e experientes da Europa, que passaram pela mesma revolução no governo, preservaram a ideia de que os Juízes deveriam ser selecionados de maneira qualificada e livres de pressão política, porém, nos Estados Unidos, o entusiasmo e a intemperança da juventude e da inexperiência carregavam tudo à sua frente. Qualquer

²¹⁷ Thomas Jefferson apud HAYNES, Evan. **The Selection and Tenure of Judges**. Clark: The Lawbook Exchange, 2005, p. 93-94.

²¹⁸ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 268.

²¹⁹ HAYNES, Evan. **The Selection and Tenure of Judges**. Clark: The Lawbook Exchange, 2005, p. 95-96.

que seja a melhor provisão para o Judiciário, parece seguro dizer que a solução do problema adotado nos Estados Unidos há um século foi alcançada quase completamente sem levar em consideração as particularidades da política que surgem da natureza e das funções do Poder Judiciário.²²⁰

A propósito, a grande maioria dos Juízes estaduais enfrenta o eleitorado em algum momento. Quarenta estados exigem que os Juízes de sua mais alta corte enfrentem Eleições para ganhar ou manter seu assento na corte e, em 22 desses estados, os candidatos concorrem entre si em eleições partidárias ou não-partidárias. Essas eleições são orientadas por um conjunto de regras eleitorais únicas para a política eleitoral americana – códigos de conduta judicial estaduais –, que, no interesse de promover a independência, imparcialidade e integridade dos tribunais, restringem o que os candidatos judiciais podem dizer durante a campanha, como eles podem interagir com organizações políticas e como eles podem participar da captação de recursos.²²¹

Não obstante, forçoso assentar que a seleção por mérito de Juízes para as supremas cortes dos estados é uma das inovações institucionais mais importantes do século passado. Sob seleção por mérito, uma comissão – geralmente composta por uma combinação de Juízes, advogados e público em geral – é incumbida de considerar solicitações de candidatos que concorrem para preencher uma vaga. Após analisar as solicitações, o objetivo da comissão é encaminhar os candidatos mais aptos ao governador, que decide quem nomear para a corte. Em meio à longa história americana de seleção de Juízes por nomeação ou Eleições populares, a seleção por mérito para os Juízes da suprema corte dos estados decretou sua institucionalidade em 1940. Desde então, mais da metade de todos os estados americanos adotaram a seleção por mérito para escolher pelo menos parte dos membros das suas supremas cortes. Além disso, essa reforma institucional permanece na vanguarda do debate de políticas públicas sobre a seleção judicial, com numerosos estados atualmente

²²⁰ HAYNES, Evan. **The Selection and Tenure of Judges**. Clark: The Lawbook Exchange, 2005, p. 100-101.

²²¹ PETERS, C. Scott. **Regulating Judicial Elections**: assessing state codes of judicial conduct. New York: Routledge, 2017, p. 1.

debatendo se devem adotar ou abolir a seleção por mérito.²²²

À medida que os formuladores de políticas e outras partes interessadas continuam debatendo a eficácia da seleção por mérito, é importante entender como esse mecanismo de seleção funciona em relação a arranjos institucionais alternativos para a escolha de Juízes. O argumento abrangente para a seleção por mérito é que, em tese, isola as decisões de seleção judicial da pressão política, daí redundando Juízes mais qualificados do que outros sistemas de seleção.²²³

Que diferença faz o sistema de escolha? É difícil dizer. Porém, também é fato que as pessoas são os piores eleitores possíveis das qualificações essenciais para um bom Juiz. Elas poderiam escolher um orador, um advogado ou um debatedor, pois suas qualidades são palpáveis e salientes, mas as qualidades de um Juiz são peculiares e raramente são apreciadas de forma superficial e geral. A experiência provou que o melhor candidato provavelmente não será o melhor Juiz, pois as duas funções exigem qualificações diversas.²²⁴

De toda forma, sejam eleitos ou nomeados, os juízes são relativamente isolados da turbulência política do dia-a-dia. Mas, isso não significa que eles operam fora da opinião pública, fora das forças sociais ou livres das restrições da sociedade. Isso seria impossível e indesejável, bem como significa que o regime não domina o Judiciário, como acontece, infelizmente, nos países totalitários. O governo perde dezenas de casos importantes a cada ano; o regime engole em seco, mas toma seu remédio.²²⁵

Ocorre que a arquitetura institucional atual, que permite a interferência dos Poderes Executivo e Legislativo na direção dos trabalhos do Poder Judiciário, enseja inúmeras críticas ancoradas, principalmente, no princípio da separação de poderes e na garantia da independência do Judiciário. Ademais, a ausência, inclusive na doutrina

²²² GOELZHAUSER, Greg. **Choosing State Supreme Court Justices: merit selection and the consequences of institutional reform**. Philadelphia: Temple University Press, 2016, p. 1.

²²³ GOELZHAUSER, Greg. **Choosing State Supreme Court Justices: merit selection and the consequences of institutional reform**. Philadelphia: Temple University Press, 2016, p. 2.

²²⁴ FRIEDMAN, Lawrence Meir. **A History of American Law**. 3. ed., New York: Touchstone, 2005, p. 280.

²²⁵ FRIEDMAN, Lawrence Meir; HAYDEN, Grant M. **American law: an introduction**. 3. ed., New York: Oxford University Press, 2017, p. 65.

americana, de discussões sérias tendentes a aperfeiçoar esse modelo de nomeação não se justifica, porque, primeiramente, o método de escolha, por exemplo, do Presidente da Suprema Corte não está expresso na Constituição do país, já que a única referência ao cargo de *Chief of Justice* feita pela Carta Magna consiste na previsão de que tal presidirá o Senado quando houver o julgamento do *impeachment* do Presidente da República. Ademais, esse modelo não é reproduzido na vasta maioria dos Estados da federação: tão-somente cinco Estados conferem ao chefe do Poder Executivo a indicação do presidente do Poder Judiciário local, com o devido consentimento do Poder Legislativo. Em torno de vinte e um Estados, os integrantes da Suprema Corte local decidem, entre eles, quem será o chefe do Judiciário estadual. Em sete Estados, por outro lado, há eleições gerais para a escolha do *Chief Justice* estadual. Provavelmente, o método de escolha do Presidente da Suprema Corte seja resquício da influência inglesa na prática constitucional estadunidense, já que, na antiga metrópole, cabia ao Rei a nomeação dos principais cargos do Judiciário britânico.²²⁶

O presidente, como já mencionado, tende a nomear aqueles que refletem as suas filosofias políticas, o que acaba por acarretar grandes controvérsias. Dessa forma, a despeito das influências de natureza política, verifica-se maior legitimidade dos magistrados perante a sociedade quando da participação da comunidade na nomeação, de forma direta ou indireta, tal como ocorre em vários estados.²²⁷

Como visto no capítulo anterior, Häberle defende que a independência interna e a integridade do magistrado constitucional, assim como a autoridade dos tribunais constitucionais, só podem ser garantidas limitadamente por normas legais externas. Em última instância, isso muito depende da personalidade do magistrado e da qualidade da sentença que forja a confiança. No entanto, há modelos ótimos para a Eleição dos magistrados e uma exigência mínima de procedimentos corretos. Se bem que, no Estado de Direito, todos os cidadãos são, em última instância, guardiões da constituição, os Juízes Constitucionais têm aqui, porém, uma tarefa especial.

²²⁶ REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 151.

²²⁷ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução do Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 556-557.

Recomendáveis seriam formas mistas de Eleição do magistrado, isto é, nenhum órgão constitucional deveria ter monopólio sobre a eleição do Juiz Constitucional. Uma parte dos Juízes (por exemplo, um terço) deveria ser eleita pelas entidades que dão as leis; outra parte, pelo presidente da república (assim sucede, por exemplo, na Itália), e a terceira parte, por um órgão de administração autônomo de Juízes e advogados. Com essa inclusão de muitos poderes estatais e sociais, pode-se evitar, no sentido de um procedimento de Eleição pluralista, que os Juízes tomem resoluções demasiado parciais. Sobretudo, seria de se reduzir a influência dos partidos políticos, que, de fato, é lamentavelmente desmedida. Para isso, há que se pensar em audiências públicas para os candidatos a magistrados constitucionais, nas quais eles possam ser interrogados por sua filosofia da lei, tal como nos Estados Unidos da América.²²⁸

A Corte está, de fato, envolvido na política, mas, segundo o *Justice Frankfurter*, é o tribunal judicial final da Nação, não um departamento de assistência. Nem o Tribunal, na lição do Juiz Harlan, o bem-estar público, nem o Tribunal ordenado como órgão judicial, deve ser considerado um refúgio geral para movimentos de reforma. Em outras palavras, a Constituição dos Estados Unidos foi simplesmente não projetada para fornecer remédios judiciais para todos os males sociais ou políticos. O Supremo Tribunal é muito melhor em dizer sim ou não ao governo do que em prescrever políticas; de fato, ele deve evitar resolutamente a elaboração de políticas prescritivas o suficiente para fazer na interpretação e aplicação constitucional e estatutária. O Tribunal é muito melhor em dizer o que o governo não pode fazer ou o que pode fazer do que em prescrever quais políticas públicas o governo deve traçar e como proceder. Como instituição ao mesmo tempo, legal, política e humana, possui os ativos e passivos que atendem a essas características descritivas. No entanto, quando tudo está dito e feito, a Corte é a voz viva da Constituição. Como tal, é árbitro e educador e, em essência, representa a única solução aquém da anarquia no sistema de governo americano como o conhecemos. Em geral, se não infalivelmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos demonstrou um notável grau de senso constitucional comum em seu esforço, uma voz da razão, para manter a mistura de continuidade e mudança que constitui a condição *sine qua non* desejável à

²²⁸ VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

estabilidade nos processos governamentais básicos de uma Democracia.²²⁹

Diante de todo o exposto, pode-se perceber que, apesar de o processo de seleção dos Juízes da Suprema Corte Americana não ocorrer na forma razoavelmente apregoadada por Peter Häberle (mista), inegável que o sistema norte-americano pode contribuir para a concretização da teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, na medida que os presidentes americanos geralmente se sentem compelidos a melhorar as práticas de seu antecessor e, em particular, a evitar erros anteriores, isso porque o processo conta com um efetivo controle pelo Senado, com o interesse e participação da sociedade, da academia, da imprensa e de outros setores organizados, revelando Juízes que, em geral, e ao longo do tempo, demonstraram um notável grau de senso constitucional comum em seu esforço, para manter a mistura de continuidade e mudança que constitui a condição desejável à estabilidade nos processos governamentais básicos de uma Democracia.

²²⁹ ABRAHAM, Henry Julian. **Justices, Presidents, and Senators**: a history of the U.S. Supreme Court appointments from Washington to Bush II. 5. ed., new and revised edition, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2008, p. 328.

CAPÍTULO 3

SISTEMA JURÍDICO-LEGAL BRASILEIRO E A FORMA DE SELEÇÃO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe, segundo o Professor Antônio Carlos Wolkmer, delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade, portanto, esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Assim, verifica-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um Direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social e, certamente, cada povo e cada organização social dispõem de um sistema jurídico que traduz a especialidade de um grau de evolução e complexidade.²³⁰

A evolução do sistema jurídico brasileiro está diretamente ligada ao processo de formação do Estado brasileiro, pois é da necessidade de implementar o processo de exploração da colônia na América Latina pela metrópole portuguesa que se delineia a recepção do sistema jurídico romano-germânico (*Civil Law*). O Brasil nasceu da decadência de Portugal, do seu obscurantismo, da inquisição e toda a sua política econômica, e, mesmo após a independência, primou pelo fortalecimento da monocultura, com base no monopólio da terra e no trabalho escravo, e da produção para o mercado externo. Os Estados Unidos, por outro lado, como visto no capítulo anterior, partiram do impulso das lutas de classes na Inglaterra, da ascensão burguesa, da revolução industrial e efetivaram a sua emancipação num processo de

²³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 1-2.

luta armada que lhes deu consciência da sua identidade nacional.²³¹

Numa descrição do sistema jurídico brasileiro, se diz que só é possível entender o que se passava quando estudado o sistema legal das Ordenações Filipinas²³², pois as reformas tentadas na legislação brasileira esbarravam na tradição cultural e institucional perpetuada inconscientemente pelos profissionais do Direito, a qual, em última análise, fundava-se nas Ordenações, cuja vigência no Brasil superava os três séculos de história colonial. Entre 1500 e 1822, as formas implantadas foram essencialmente as portuguesas. Estas nunca foram totalmente uniformes e os 300 anos de vida colonial acompanharam o surgimento do Estado moderno, em oposição permanente às instituições judiciais e legais do sistema corporativista.²³³

Posteriormente, os juristas brasileiros acabaram familiarizados com os ideais ilustrados e com as experiências revolucionárias havidas nos Estados Unidos da América e na França, duas experiências diferentes. No caso francês, como no caso brasileiro, havia muita suspeita contra os Juízes letrados, especialmente contra os grandes tribunais, que se comportavam como partes do "corpo do rei" e reagiam contra as novidades. Nos Estados Unidos, a revolução havia se oposto ao Parlamento como órgão legislativo, antes que aos Juízes.²³⁴

Franceses e americanos pretendiam manter os Juízes afastados dos embates políticos no momento de decidir as causas relativas à vida e à propriedade dos cidadãos. Nas palavras de Madison (Federalista 47), a Separação de Poderes era necessária para evitar o perigo de um dos ramos concentrar todos os poderes de um

²³¹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução do Direito e desenvolvimento**: estudo comparado para a reforma do sistema judicial. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 251.

²³² As Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, é uma compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino, por Filipe II de Espanha (Felipe I de Portugal), durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica (1580-1640), o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV. Vigeu em matéria civil em Portugal e seus territórios ultramarinos até 1867 quando foram revogadas pelo Código Civil Português de 1867 (também chamado de Código de Seabra). No Brasil, país que havia se separado de Portugal em 1822, vigeu em matéria civil até 1916, quando foi revogado pelo Código Civil brasileiro de 1916, assim as Ordenações Filipinas tiveram uma sobrevida de quase cinco décadas no Brasil mesmo após estas terem sido revogadas em Portugal.

²³³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à História Social e Política do Processo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 569-570.

²³⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 19.

departamento nas mãos de quem detivesse todos os poderes de outro departamento. Madison lia Montesquieu da perspectiva do governo misto e não da estrita separação funcional de tarefas. No ideal de governo misto, os órgãos populares (eletivos) se combinavam com órgãos aristocráticos (não eletivos) e todos interfeririam reciprocamente nas respectivas ações, promovendo *checks and balances*.²³⁵

O fato é que, atualmente, como visto rapidamente no capítulo anterior, nos países de tradição *Civil Law*, tal como o Brasil, é perceptível a perda da centralidade das codificações, que relativizaram a qualidade de fonte inabalável de segurança jurídica, razão pela qual os Juízes de tradição romano-germânica têm exercido sua criatividade judicial constantemente. A antiga ideia de que a lei é clara e precisa ser somente declarada, não condiz com a realidade do direito aplicado diariamente nos tribunais. A lei é um texto cujo sentido depende da interpretação, por isso, destaca-se também no *Civil Law* a necessidade de interpretação da norma escrita.²³⁶

Neste contexto, também são evidentes as alterações pelas quais os países de tradição *Common Law* vêm passando. Para ilustrar, até o século XX, o direito inglês era essencialmente jurisprudencial, mas a importância dada à legislação e aos regulamentos cresce cada vez mais. Apesar de o sistema inglês ainda ser essencialmente firmado em precedentes, atualmente o direito está se aproximando de forma profunda das leis escritas, que passaram a ser uma das principais fontes do direito.²³⁷

3.1 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Uma análise acurada da evolução constitucional do Brasil traz à tona a distinção de três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional

²³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 20.

²³⁶ GALIO, Morgana Henicka. O Direito e a Cultura Jurídica na Tradição *Common Law*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 374-375.

²³⁷ GALIO, Morgana Henicka. O Direito e a Cultura Jurídica na Tradição *Common Law*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 375.

francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao Constitucionalismo alemão do último século.²³⁸

Com efeito, o primeiro período da história constitucional do Brasil se estende de 1822, ano da proclamação da independência, até 1889, quando as instituições imperiais da monarquia entraram em colapso, ocorrendo, então, o advento da república. Os documentos constitucionais mais importantes dessa primeira fase deixam transparecer a natureza jurídica, política e ideológica do sistema institucional cuja concretização se pretendia alcançar. São eles: o chamado Projeto Antônio Carlos, elaborado, discutido e parcialmente votado nas sessões da Constituinte; a Carta outorgada em 1824, ou seja, a Constituição do Império, vigente por espaço de 65 anos, portanto, a mais longeva das Constituições brasileiras; o Ato Adicional de 1834; e a Lei da Interpretação de 1840.²³⁹

Tais textos ficaram sujeitos a determinadas influências e neles se refletem algumas ideias básicas. O Projeto da Constituinte, por exemplo, obedecia, basicamente, em matéria de organização de poderes, ao esquema de Montesquieu: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, bem como garantia os direitos individuais e políticos, sob a inspiração da Constituição francesa de 1791 e, ao mesmo passo, formulava com originalidade um capítulo sobre os "deveres dos brasileiros", no qual admitia o direito de resistência e declarava dever do brasileiro negar-se a ser o executor da lei injusta, reputando como tal a lei retroativa ou oposta à moral, mas unicamente se ela tendesse a depravá-lo e a torná-lo vil e feroz. Por sua vez, a Constituição do Império, aquela que resultou do ato de outorga, não se arredou do círculo doutrinário das influências francesas no campo teórico, mas, ao aplicar-se, viu paralelamente prosperar, por obra do costume constitucional, uma forma de governo parlamentar, um tanto híbrido e primitivo, deveras semelhante ao modelo inglês. Impende destacar que, de outro norte, dominada pelas sugestões constitucionais

²³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 361.

²³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 362-363.

provenientes da França, a Constituição Imperial do Brasil foi a única Constituição do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional de poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant, embora de modo mais quantitativo e formal do que qualitativo e material, acrescentando um Poder Moderador.²⁴⁰

Com o advento da República, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história, mudando o eixo dos valores e princípios de organização formal do poder. Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição Americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembleia Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudo parlamentarismo inglês para o presidencialismo americano. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 era típica de um Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais, em alguns aspectos deveras relevante, trasladadas literalmente da Constituição Americana, sob a influência de Rui Barbosa, um jurista confessadamente admirador da organização política dos Estados Unidos. Os princípios-chaves que faziam a estrutura do novo Estado diametralmente oposta àquela vigente no Império eram doravante: o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma Suprema Corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder; enfim, todas aquelas técnicas de exercício da autoridade, preconizadas na época pelo chamado ideal de Democracia republicana imperante nos Estados Unidos e dali importadas para coroar uma certa modalidade de Estado liberal, que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica, vinculados ao conceito individualista de liberdade.²⁴¹

A Constituição republicana de 1891 recebeu uma única revisão, aquela promulgada em 1926. Entre 1930 e 16 de julho de 1934, data da promulgação da segunda Constituição republicana, decorreram quatro anos de interregno ditatorial,

²⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 363-364.

²⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 364-365.

sob a égide de um Governo Provisório. Os primeiros anos da década de 30 espelharam o início de uma convulsão ideológica, de graves consequências para a futura ordem constitucional brasileira. São desse período os preparativos e as agitações que fazem vingar novos princípios na Constituinte de 1933-1934. Com a promulgação da nova Constituição de 16 de julho de 1934, ocasião em que o Brasil inaugurou a terceira grande época constitucional de sua história, marcada por crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de Presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições.²⁴²

Com a Constituição de 1934, chega-se à fase que mais de perto interessa, porquanto nela se insere o nascimento de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, grandemente descurado pelas Constituições precedentes.²⁴³ Após um grande período de regime militar no Brasil, da terceira época constitucional é importante destacar, em primeiro lugar, os estatutos fundamentais expedidos com algum grau de legitimidade e que, durante certo espaço de tempo, mantiveram as aparências de um regime normal de Governo, sob o princípio representativo e as regras inerentes ao Estado de Direito, propugnado pelas ideologias do liberalismo. Aí se inserem, por exemplo, as Constituições de 16 de julho de 1934 e 18 de setembro de 1946, bem como a vigente Constituição de 5 de outubro de 1988. Nesses textos, aliás, colhe-se um profundo influxo do Constitucionalismo alemão do século XX nas Constituições brasileiras, que parte tanto da Constituição de Weimar²⁴⁴ como da Lei Fundamental, sobretudo da primeira, cuja atuação ocorreu de forma mais concentrada, direta e decisiva na caracterização dos rumos sociais do novo Estado constitucional brasileiro, enquanto a segunda fez sentir sua ação de modo menos direto, porém não menos eficaz, mormente em termos

²⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 365-366.

²⁴³ Sobre o tema: GHISLENI, Giancarlo Maturano; DAL RI, Luciene. A progressiva efetividade dos direitos sociais no ordenamento brasileiro. *In: Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁴⁴ A Constituição de Weimar, oficialmente Constituição do Império Alemão, foi o texto constitucional que vigorou durante a curta República de Weimar (1919-1933).

doutrinários.²⁴⁵

Aliás, diante do grande período autoritário acima mencionado, e, por conseguinte, peculiar erosão constitucional, a sociedade brasileira não possui forte sentimento constitucional. Esse caldo cultural possibilitou a criação de oito Constituições e vários Atos Institucionais e Emendas, rompendo com a ordem constitucional então vigente em cerca de cento e setenta e cinco anos de independência. Algumas Constituições foram outorgadas (1824, 1937 e 1969) e as demais promulgadas, salvo a Constituição Federal de 1988.²⁴⁶

Enfim, em 1934, 1946 e 1988, isto é, nessas três Constituições, domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional.²⁴⁷

A vigente Constituição de 1988, apesar de inúmeros predicados, tem uma característica que a faz alvo de críticas: muitos elementos estabelecidos em seus parágrafos e incisos poderiam ter sido definidos em legislação comum. Isso significa que aqueles que criticam a forma pela qual a Constituição de 1988 foi feita reclamam que ela é por demasiado pesada, repleta de casuísmos, o que gera um entrave, pois qualquer mudança, por mínima que seja, exige uma emenda constitucional, que é algo bastante difícil e trabalhoso. De outra banda, o caráter “enciclopédico” da Constituição deriva do medo do retorno ao arbítrio, recente na memória nacional, a revelar ser o lugar mais seguro para que as conquistas democráticas pudessem ficar, tanto que apelidada de “Constituição Cidadã”, onde os direitos individuais clássicos são assegurados.²⁴⁸

²⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 367-368.

²⁴⁶ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução do Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 267.

²⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 368.

²⁴⁸ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: Geral e Brasil**. 13. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 561-562.

3.2 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

O Poder Judiciário é um dos pilares do Estado brasileiro, razão pela qual é natural que as principais disposições sobre sua estrutura, atribuições, composição, prerrogativas e deveres de seus membros integrantes sejam matérias de natureza constitucional. A constitucionalização de normas atinentes ao Judiciário não é exclusividade da Carta brasileira, conhecida, como visto, por ser bastante prolixa e por tratar em vários momentos de matérias que deveriam ser deixadas a cargo da legislação ordinária. A Constituição dos Estados Unidos da América, por exemplo, que serviu de referência para inúmeros ordenamentos ao redor do planeta, já previa, consoante mencionado no capítulo anterior, em seu texto original do século XVIII, um artigo destinado exclusivamente ao Poder Judiciário. A Constituição Francesa de 1958, bastante sintética no que diz respeito ao Judiciário, ainda assim trata dele, dispondo até sobre a inamovibilidade dos magistrados. A Constituição da Alemanha de 1949 trata, a partir de seu art. 92, de inúmeros preceitos sobre o Poder Judiciário. Percebe-se, pois, que há sempre, em praticamente todos os sistemas jurídicos democráticos ocidentais, uma quantidade destacada de normas sobre o Judiciário na Constituição, motivo pelo qual as regras sobre o tema sempre terão como base a Carta Magna.²⁴⁹

A Constituição brasileira define o Judiciário como um dos Poderes da República. Tendo adotado na primeira Constituição republicana, de 1891, o modelo republicano federativo dos Estados Unidos da América, o Brasil aderiu ao sistema de separação de Poderes, estabelecendo que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são autônomos e reciprocamente independentes. Desse modo, não só definiu o Judiciário como um Poder da República, deixando explícita sua condição de instituição política, mas também afirmou sua equivalência aos demais Poderes, o que foi mantido em todas as Constituições subsequentes.²⁵⁰

Aliás, todos os textos fundamentais da história brasileira trataram do Poder Judiciário e da magistratura. A Constituição de 1824, por exemplo, a primeira logo

²⁴⁹ ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37-38.

²⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.

após a independência do Brasil, trouxe o Título 6º dedicado ao Poder Judicial, com disposições diversas, como a vitaliciedade dos juízes e seus deveres. A Constituição republicana de 1891 igualmente tratou da magistratura, estabelecendo, inclusive, o princípio da irredutibilidade de vencimentos e criando a Justiça Federal, que muitos acreditam ter sido originária da ditadura militar que se instalou a partir de 1964, mas que, verdadeiramente, é muito mais antiga do que isso, tendo nascido praticamente junto com a República. Em 1934, uma nova Constituição manteve a tradição de trazer disposições básicas sobre a magistratura, inclusive destacando os três pilares da independência dos Juízes: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. No Brasil, o tema é de importância tão relevante para a manutenção da estrutura do Estado que até Constituições dos períodos políticos de exceção, como as de 1937 e de 1967, mantiveram tais garantias, embora em alguns momentos houvesse subterfúgios para burlá-las. A Constituição atual (de 1988) disciplina no Título IV a organização dos Poderes. Dentro desse título há o Capítulo III, totalmente dedicado ao Poder Judiciário. É pela leitura desse Capítulo que começa o estudo sobre a magistratura, especialmente os arts. 92 a 100 (Seção I), que tratam das disposições gerais acerca do Poder Judiciário. As demais seções são igualmente importantes, pois tratam de cada um dos órgãos do Judiciário. Porém, a primeira parte é justamente aquela que toca diretamente na estrutura geral da magistratura, versando sobre a composição do Poder Judiciário, garantias e deveres de seus membros, etc. Por isso, sua importância fundamental. No Brasil, ademais, diversas carreiras jurídicas contam com o seu próprio estatuto, normalmente veiculado por meio de leis complementares. O Estatuto da Magistratura, popularmente denominado LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional, é bem mais antigo e foi editado ainda sob o regime de exceção, vindo ao mundo jurídico por meio da Lei Complementar n. 35/79, que foi recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal naquilo que não contraria a Constituição.^{251 252}

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.753**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requeridos: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 26 fev. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266917>. Acesso em: 24 jul. 2020.

²⁵² ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38-39.

O Poder Judiciário brasileiro é um só, porém, para que seu funcionamento ocorra de forma mais produtiva, ele é dividido em vários ramos. Isso ocorre porque a variedade de leis e questões tratadas pelo Direito é infindável. É certo que seria possível criar um sistema simples, com todos os Juízes pertencendo ao mesmo tribunal e cada um deles especializados em um rol de matérias. Porém, não foi essa a escolha brasileira. No Brasil, destarte, há cinco grandes divisões do Poder Judiciário, sendo que três delas compõem o que se chama de justiça especializada e duas a justiça comum. Para deixar claro, a Justiça do Trabalho é especializada em ações oriundas das relações de trabalho, relativas ao exercício do direito de greve e à representação sindical, entre outras, nos termos do art. 114 da Constituição. A Justiça Eleitoral, mantida, assim como a trabalhista, pela União Federal, é especializada em ações que envolvam todo o processo partidário e eleitoral brasileiro, incluindo crimes dessa natureza, tendo sua competência especificada pela Lei n. 4.737/65, também conhecida como Código Eleitoral. A Justiça Militar, na verdade, subdivide-se em dois ramos: a Estadual e a da União. A primeira delas, organizada por cada um dos Estados, tem a competência definida pelo art. 125, § 4º, da Constituição Federal: processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Já a chamada Justiça Militar da União julga os crimes militares envolvendo membros das Forças Armadas e civis que os cometam, neste último caso geralmente quando está presente interesse da União Federal. Essas são as chamadas justiças especializadas. Quanto à comum, ela é representada pela Justiça Federal e pela Justiça Estadual. Esses dois ramos cuidam de todas as causas que não sejam afetas aos demais ramos especializados, tratando o art. 109 da Constituição das competências da Justiça Federal e deixando para o Judiciário de cada Estado o julgamento das demais matérias, em caráter residual. No ápice do nosso sistema Judiciário, encontra-se o Supremo Tribunal Federal, que tem como atribuição principal dar a última palavra no que diz respeito à interpretação da Constituição Federal e será abordado a seguir.²⁵³

²⁵³ ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44-45.

3.2.1 Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal foi moldado à semelhança da Corte sediada em Washington, a começar pelo nome: "Supremo". Essa similitude decorre da enorme influência da Constituição Americana (1787) nos sistemas constitucionais de diversos países, especialmente nas Américas. No Brasil, a influência norte-americana se fez presente desde cedo. Em verdade, a República nasceu em 1889 inspirada no modelo que já vigorava acima do Rio Grande desde 1787, de igual modo a Forma Federativa de Estado. Não basta dizer que a primeira Constituição republicana brasileira foi redigida sob a influência da norte-americana. Para além disso, o Movimento Político e Militar que derrubou a Monarquia e determinou o exílio da Família Real se abeberou dessa experiência estadunidense que já durava, à época, mais de um século, de modo que é correto dizer que a influência do Direito Constitucional e do Sistema Legal dos Estados Unidos da América, no Brasil, precede a República e a Constituição (1891) que lhe deu forma. Essa constatação se agiganta quando se observa que "Estados Unidos do Brasil" (ou a variação "República dos Estados Unidos do Brasil") foi o "nome" adotado pelo Estado brasileiro consignado na Constituição de 1891 e algumas das que lhe "sucederam": 1934, 1937 e 1946, além do Decreto Provisório n.º 1, de 15 de novembro de 1889.²⁵⁴

Não obstante, a síntese histórica do Supremo Tribunal Federal é dada pela própria Corte em sua página eletrônica, *in verbis*:

A denominação "Supremo Tribunal Federal" foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal.

A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que instituiu o controle da constitucionalidade das leis, dedicou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59.

O Supremo Tribunal Federal era composto por quinze Juízes, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado. A instalação ocorreu em 28 de fevereiro de 1891, conforme estabelecido no Decreto n.º 1, de 26 do mesmo mês.

Após a Revolução de 1930, o Governo Provisório decidiu, pelo Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduzir o número de Ministros para onze.

²⁵⁴ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 3.

A Constituição de 1934 mudou a denominação do órgão para “Corte Suprema” e manteve o número de onze Ministros, dele tratando nos artigos 73 a 77.

A Carta de 10 de novembro de 1937 restaurou o título “Supremo Tribunal Federal”, destinando-lhe os artigos 97 a 102.

Com a redemocratização do país, a Constituição de 18 de setembro de 1946 dedicou ao Tribunal os artigos 98 a 102.

Em 21 de abril de 1960, em decorrência da mudança da capital federal, o Supremo Tribunal Federal transferiu-se para Brasília. Está sediado na Praça dos Três Poderes, depois de ter funcionado durante 69 anos no Rio de Janeiro.

No período do regime militar, o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, aumentou o número de Ministros para dezesseis, acréscimo mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Com base no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros.

Posteriormente, o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, restabeleceu o número de onze Ministros, acarretando o não-preenchimento das vagas que ocorreram até atendida essa determinação.

Com a restauração da democracia, a Constituição ora vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, realçou expressamente a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, dedicando-lhe os artigos 101 a 103.²⁵⁵

Como já salientado, o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil, o que não significa que todas as questões possam ser levadas a ele para julgamento. Por ser guardião da Constituição Federal, a Corte tem jurisdição sobre todo o território nacional, possuindo sua sede em Brasília, no Distrito Federal. É composta por onze ministros, número este que se revela estável há mais de quatro décadas, o que parece salutar para a democracia e a segurança jurídica.²⁵⁶

Ao Supremo Tribunal Federal, o órgão de cúpula de todo o sistema judiciário brasileiro, cabe-lhe, precipuamente, nos termos da norma constitucional que trata de sua organização e de suas competências, a guarda da Constituição. O exame de suas atribuições demonstra que ele exerce o papel de tribunal constitucional, mas também o de solucionador de conflitos entre tribunais superiores, além de atuar como instância de apelação ou unificador da jurisprudência em determinados casos. O Supremo Tribunal tem ainda algumas competências originárias, para decidir sobre

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Histórico.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 24 jul. 2020.

²⁵⁶ ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

matérias expressamente enumeradas na Constituição, como nos casos de conflitos que envolvem autoridades federais de alto nível e naqueles em que há litígio entre entidade federativa brasileira e um Estado estrangeiro ou organismo internacional.²⁵⁷

Enfim, conforme art. 34 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, os Juízes do Supremo Tribunal Federal são chamados de ministros. Não há problemas, todavia, em um ministro da Corte se proclamar Juiz, tendo em vista ser essa uma palavra genérica para designar todos aqueles que são investidos de jurisdição.²⁵⁸

3.2.2 Sistema de seleção de juízes do Supremo Tribunal Federal

Para uma pessoa se tornar ministro do Supremo Tribunal Federal, segundo a Constituição Federal, a primeira exigência é ter entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos de idade, de modo a evitar que se torne ministro uma pessoa muito jovem, sem a previsível experiência de vida necessária para o exercício de um cargo dessa envergadura. Outro requisito é ser cidadão brasileiro, ou seja, é quem está no gozo de seus direitos políticos, podendo votar e ser votado. Porém, deve ser levado em conta o fato de que a Constituição determina a necessidade de o candidato a ministro do Supremo ser brasileiro nato (art. 12, 3º, IV). Exige-se, ainda, que o postulante ao cargo tenha notável saber jurídico, o que, à toda evidência, não é fácil definir. A famosa nomeação do médico Barata Ribeiro e sua posterior anulação representam um precedente importante no sentido que o postulante ao cargo deve possuir educação formal em Direito ou curso similar relativo às ciências jurídicas. Ainda que o termo não seja de fácil definição, é possível dizer que têm notável saber jurídico: a) os profissionais que atuam na área jurídica, pois é inegável que a prática é necessária para atingir essa notoriedade; b) que são conhecidos por sua atuação, já que notoriedade é a qualidade de ser conhecido por todos ou ao menos pela grande maioria; c) cujo trabalho é de relevo, peso e consistência, isso no âmbito técnico, é claro, devendo ser tais qualidades aferíveis por meio de petições, sentenças, artigos jurídicos, palestras, livros, etc.²⁵⁹

²⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

²⁵⁸ ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

²⁵⁹ ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.

Nesse particular, aliás, a história recente mostra que grande parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal não passou pela magistratura antes de assumir o cargo, o que contrasta, por exemplo, com o histórico da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que inspirou a criação do Tribunal Constitucional brasileiro. Nos Estados Unidos, dos ministros que compunham a Suprema Corte em setembro de 2011, quase todos atuaram como juízes em cortes inferiores antes de serem alçados ao cargo de *Justice*.

Além das já citadas exigências, é preciso que o candidato à vaga de ministro tenha reputação ilibada, sem manchas, pura, intocada e livre de qualquer suspeita. Em síntese, não se está falando tão somente do cometimento de crimes ou contravenções penais, pois o que se analisa aqui é o comportamento como um todo do cidadão, ou seja, como se porta socialmente, com a família, no seu trabalho, entre outras coisas.²⁶⁰

A indicação de um ministro cabe exclusivamente ao Presidente da República, de quem se espera a verificação dos dois requisitos subjetivos para o cargo – notável saber jurídico e reputação ilibada. Indicado, ele é submetido a uma sabatina pelo Senado Federal, que deve recusar aqueles que não preencham os requisitos, seja de natureza objetiva ou subjetiva. Embora estejam em julgamento requisitos preestabelecidos pela Constituição, sendo, em princípio, incabível a análise de outros pontos relativos ao indicado, a decisão do Senado não deixa de ter caráter político, por isso mesmo, não precisa ser fundamentada, até porque o voto dos senadores nesse caso é secreto (art. 52, III, a, da CF). Aprovado o nome pelo Senado, cabe ao Presidente nomear o novo ministro. Rejeitado, só resta ao Presidente da República indicar outro candidato. No Brasil, ao contrário do que é comum nos Estados Unidos da América, onde o Legislativo frequentemente veta indicações presidenciais a cargos do Poder Judiciário, não existe a tradição de se fazer uma verdadeira avaliação quanto ao preenchimento dos requisitos por parte do escolhido pelo Presidente.²⁶¹

50-51.

²⁶⁰ ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52-53.

²⁶¹ ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

3.2.3 Alguns fatos e observações sobre o processo de indicações

Inegável a relevância do modo de escolha dos juízes que irão integrar a mais alta Corte do País, com a possibilidade de exercer enorme influência sobre os direitos e as relações políticas de todos os brasileiros. Sob um ângulo estritamente formal, a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como visto, é feita por meio de indicação do Presidente da República ao Senado Federal, dentre cidadãos brasileiros natos, com a idade mínima de trinta e cinco e máxima de sessenta e cinco anos e que tenham reputação inatacável e notável saber jurídico. A pessoa indicada pelo chefe do Executivo deverá comparecer ao Senado, supostamente para expor suas ideias e ser questionada publicamente pelos membros dessa Casa do Congresso Nacional. Igualmente supõe-se que, dessa forma, e tendo em conta a vida pregressa do candidato, os senadores obterão elementos para avaliar sua moralidade e seus conhecimentos jurídicos. Para ser considerado aprovado, o candidato deve obter o voto favorável da maioria absoluta dos senadores, com o que se pretende evitar que o chefe do Executivo imponha um candidato. Na prática, o Senado Federal tem sido, sistematicamente, mero homologador formal das indicações, aprovando passivamente os indicados, sem qualquer questionamento.²⁶²

O efetivo controle pelo Legislativo é uma cultura que o Brasil não desenvolveu. Por aqui, a indicação de um ministro do Supremo Tribunal Federal nunca mereceu grande interesse da sociedade para se avaliar a capacidade do indicado e/ou suas ligações políticas. Nesse quesito, a realidade brasileira tem demonstrado que o processo de indicação se desenvolve no eixo Planalto/Senado, sem despertar a curiosidade da população, da academia e de outros setores organizados. Se preocupação houve aqui e ali, ela foi sempre tímida, desproporcional à relevância do cargo e inferior àquela devotada, por exemplo, ao nome escolhido para comandar a seleção brasileira de futebol.²⁶³

Uma nação não precisa levar a cabo campanha tão visceral quanto a

²⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116.

²⁶³ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 33.

encetada pelos norte-americanos contra Bork²⁶⁴ na penúltima década do século XX para ser considerada politizada ou socialmente engajada. No entanto, uma nação que se preza também não pode ser tão acentuadamente omissa quando está em jogo um assento na Corte mais importante do país, aquela que a Lei Fundamental da República outorgou o título de "guardiã da Constituição". Para além do título, ela outorgou os meios, considerando o vasto instrumental de controle de constitucionalidade e de competências originaria e recursal que o Supremo Tribunal Federal dispõe e que nos últimos anos, especialmente depois da denominada "operação lava-jato", tem exercido um ativismo judicial de enormes proporções. Nesse cenário, avulta-se de importância saber da composição da Corte, como pensa o futuro indicado, quais suas convicções políticas, qual (na hipótese de se tratar de Juiz da ativa ou aposentado) seu histórico de decisões judiciais, o que escreveu, o que discursou, qual sua linha de advocacia e para quem. São indagações básicas e simultaneamente relevantes, entretanto raramente feitas, pelo menos no processo de escolha que desembocou na composição atual do Supremo.²⁶⁵

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, esse processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem produzido resultados duvidosos e, nos últimos tempos, não obstante, o consignado anteriormente, passou a ser discretamente discutido, já tendo havido até mesmo manifestações de Juízes e associações de magistrados que não o consideram satisfatório. Nunca se pretendeu enquadrar um integrante do Supremo Tribunal na figura clássica do corrupto, que faz concessões em troca de vantagens pessoais, porém, são conhecidos muitos casos de homens que foram indicados para o tribunal máximo do país apenas por suas antigas ligações político-partidárias, ou por relações de amizade com o Presidente da República, ou com pessoas muito influentes no governo. Isso tem levado à escolha de Juízes sem verdadeira independência política, ou moral, ou sem a estatura intelectual que o cargo

²⁶⁴ Em 1987, o então Presidente Ronald Reagan indicou o jurista conservador Robert Bork para a Suprema Corte. O senador Ted Kennedy, um democrata de Massachusetts, condenou veementemente a indicação de Bork, o que causou uma grande controvérsia. A nomeação de Bork acabou rejeitada pelo Senado por 58-42.

²⁶⁵ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 60.

pressupõe.²⁶⁶

Além disso, o saber jurídico de muitos dos que, desde a criação do tribunal, chegaram a esse elevado cargo da magistratura, tem sido questionado. Não se desconhece que alguns dos mais notáveis juristas brasileiros foram Ministros do Supremo Tribunal Federal, no entanto, o mesmo cargo tem sido ocupado por figuras de mínima expressão jurídica, aceitos pelo Senado praticamente sem exame ou debate público, sem qualquer prestígio na área jurídica ou simplesmente desconhecidos, não havendo notícia de que houvessem dado alguma contribuição relevante à teoria jurídica ou à prática dos direitos.²⁶⁷

Alguns deles, oriundos da classe dos Juízes, só eram conhecidos num círculo bastante restrito do próprio Judiciário. Ademais, muitos críticos do Supremo Tribunal Federal entendem que o modo de escolha de seus membros tem sido responsável por atitudes de acomodação, especialmente em relação ao Executivo, pois muitos ministros não se sentem moralmente livres para decidir contra os interesses do Presidente da República que os indicou para o Tribunal. Nas últimas décadas, houve diversos casos de Juízes do Supremo Tribunal que foram nomeados para o cargo quando faltavam poucos anos para que atingissem a idade-limite e, por esse motivo, passaram rapidamente pelo tribunal, sem tempo para dar qualquer contribuição marcante. Essas indicações, que nunca foram questionadas pelo Senado, serviram apenas para premiar amigos e correligionários, sendo reveladoras da pouca importância que se tem dado ao Supremo Tribunal. Além do aspecto moral, é muito importante lembrar que a mudança frequente de Juízes tem influído para que não se consolide a jurisprudência sobre questões de grande relevância.²⁶⁸

É interessante lembrar, também, que os membros do Supremo Tribunal Federal, assim como todos os demais Juízes, podem deixar o cargo por meio de aposentadoria voluntária ou compulsória. Houve recentemente, depois de 1988, dois casos de Ministros do Supremo Tribunal que pediram a aposentadoria porque tinham sido convidados pelo Presidente da República para ocupar um cargo de Ministro de

²⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116.

²⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116-117.

²⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

Estado. Eles, realmente, deixaram o tribunal máximo do país e assumiram as funções de auxiliares de primeiro nível do chefe do Executivo, o que muitos advogados e Juízes avaliaram negativamente por entenderem que, após ocupar um cargo no mais alto tribunal, ninguém deveria aceitar uma posição geralmente considerada inferior ou um cargo que leva o seu ocupante a envolver-se em disputas político-partidárias, sujeitando-se a ataques de opositores, como é próprio dos cargos de confiança do Executivo. Isso para não haver o risco de críticas e confrontos que, inevitavelmente, irão refletir na imagem do tribunal, uma vez que a mesma pessoa carrega consigo a imagem do Juiz e passa a atuar como agente político-partidário. Num dos casos, houve, ainda, um desdobramento mais grave, pois um dos Ministros permaneceu durante algum tempo com o cargo no Executivo e, tempos depois, foi novamente indicado para o Supremo Tribunal, voltando a ele com a aprovação do Senado, sendo, então, competente para julgar atos do governo a que tinha pertencido depois de deixar o Tribunal. Não houve ilegalidade formal nessa alternância "Supremo Tribunal - Poder Executivo - Supremo Tribunal", mas foi seriamente questionado o aspecto ético, além de se difundir a ideia de que a condição de membro do Supremo Tribunal Federal deixou de ser a mais alta aspiração de um jurista brasileiro.²⁶⁹

Outra constatação é que, apesar das críticas, até agora não se tem notícias de que tenha sido apresentada proposta de emenda constitucional modificando o processo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal. Para alguns, isso pode demonstrar a extrema dificuldade, quase impossibilidade, para se encontrar uma forma não sujeita a críticas. Para outros, entretanto, parece existir uma espécie de temor, pois o simples fato de propor e sustentar a necessidade de mudança de critério pode ser interpretado como agressão aos Juízes que foram escolhidos pelo processo atual e dar o medo de sofrer consequências. Admite-se, também, a ocorrência do chamado "temor reverencial", pela imagem convencional de respeitabilidade que se considera inerente à condição de membro do mais alto tribunal do país, ou seja, de que qualquer proposta de alteração do critério de escolha dos Juízes do Supremo Tribunal Federal seja recebida como quebra do respeito devido ao tribunal.²⁷⁰

²⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118.

²⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118-119.

O fato é que muitos advogados, políticos, integrantes do Ministério Público e até mesmo Juízes consideram imperfeito o sistema atual de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal. Na realidade, pela extraordinária importância do cargo e pela enorme influência política e social que seu ocupante pode exercer, não parece razoável, num Estado Democrático, deixar ao arbítrio do Presidente da República a escolha de um nome para ser submetido à aprovação do Senado, especialmente quando, pelos antecedentes brasileiros, já é público e notório que o nome indicado será tranquilamente aprovado, como ato de rotina, de modo que seria mais razoável e mais condizente com a Democracia permitir que entidades representativas de advogados, Juízes e do Ministério Público, bem como os tribunais superiores federais e estaduais, apresentassem sugestões de nomes. Entre os três que obtivessem maior número de indicações, o Presidente da República escolheria um nome para ser submetido à aprovação do Senado. Esse procedimento daria publicidade ao processo de escolha, evitando a premiação de "amigos do rei", assegurando mais legitimidade do escolhido.²⁷¹

Envolvendo também o Supremo Tribunal Federal e recebendo o mesmo tratamento reticente que se verifica no tocante à escolha de seus membros, existe no Brasil o problema, importantíssimo, do controle de constitucionalidade das leis e dos atos das autoridades públicas. Muitos reconhecem que o controle seria feito com mais eficiência e precisão por um Tribunal exclusivamente constitucional. Isso extravasa, algumas vezes, em artigos ou obras teóricas e é dito discretamente em conversas reservadas, quando se reúnem profissionais da área jurídica. Mas, apesar disso, do mesmo modo como ainda não se discutiu seriamente a mudança do critério de escolha dos ministros, está fora de cogitação, neste momento, a tese de criação de um novo Tribunal Constitucional. Se persistir esse bloqueio e para que não continue existindo no Brasil essa grave deficiência, talvez seja melhor que se proceda à transferência de uma parte das competências do Supremo Tribunal Federal, deixando-lhe a mais relevante de suas tarefas, que é o controle de constitucionalidade.²⁷²

Outra observação deve ser feita, agora a respeito da presidência do

²⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119.

²⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119-120.

Supremo Tribunal Federal. Quem escolhe o presidente são os próprios ministros, sem qualquer interferência externa. O escolhido recebe de seus pares um mandato com duração que tem variado entre dois e quatro anos e, segundo um critério tradicional, não há reeleição. Essa diretriz, aparentemente salutar, porque impede a perenização de um presidente, não tem sido boa para o tribunal. O período de dois anos, agora vigente, é muito curto para que um presidente prepare e consiga implantar um plano de modernização, introduzindo modificações substanciais nos métodos de trabalho e conseguindo a adesão dos demais ministros para a adoção de novas práticas, que tornem o Supremo Tribunal mais dinâmico e mais participante na vida do povo. Vez ou outra surge um presidente menos formalista e menos acomodado às tradições, que procura demonstrar que o tribunal não tem medo de viver na atualidade e de enfrentar abertamente as questões mais polêmicas. Isso, entretanto, não tem abalado as velhas rotinas do Supremo Tribunal.²⁷³

Diferentemente do que sucede em outras nações, onde os nomes de Marshall, Holmes, Warren, Cardozo ou Frankfurter podem dizer alguma coisa para, pelo menos, o grupo de pessoas vinculadas à esfera da Justiça, em nosso país isso não ocorre. Os próprios estudantes de direito não têm noção de quem foram os que estiveram encarregados de distribuir justiça em sua nação. No entanto, seria injusto dizer que no Supremo nunca houve figuras notáveis, merecedoras de todas as honras. Ocorre que tais figuras permaneceram sempre na penumbra, a não ser em raros momentos de maior visibilidade, que tiveram importância circunstancial sem deixar marcas duradouras. Seria cômodo, mas insuficiente, atribuir a falta de projeção histórica à postura discreta dos Juízes. O fato é que o peso do Judiciário na história política e social do Brasil tem sido relativamente pequeno, bem longe do que poderia ser se ele assumisse plenamente seus direitos e suas responsabilidades de Poder da República.²⁷⁴

Para finalizar, vale comentar que, diferente do Supremo Tribunal Federal, o recrutamento da magistratura de primeiro grau faz-se exclusivamente por meio de concurso público. Os Juízes de segundo grau são recrutados entre os Juízes de

²⁷³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120.

²⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120-121.

carreira, reservando-se um quinto dos tribunais para advogados e integrantes do Ministério Público.²⁷⁵

É voz corrente que a profissionalização permite uma seleção mais adequada e amplia a possibilidade de aperfeiçoamento constante dos Juízes, além de proporcionar o aproveitamento de sua experiência acumulada. Em decorrência, pode-se dizer que, na sociedade moderna, o melhor modo de seleção de Juízes pode ser considerado o concurso público, aberto, em igualdade de condições, a todos os candidatos que preencham certos requisitos fixados em lei, excluída qualquer espécie de privilégio ou discriminação. Desde que a Constituição preveja esse modo de escolha e uma vez que os Juízes, regularmente selecionados, atuem nos limites de sua competência legal, não há como pôr em dúvida sua legitimidade. Esta decorre da Constituição e não é menor que a resultante do processo eleitoral.²⁷⁶

Aliás, reconhecendo as vantagens do concurso, Raúl Zaffaroni, em artigo intitulado "Dimensión política de un Poder Judicial democrático" (Boletín, n. 37, Comisión Andina de Juristas, 1993) e citado por Dalmo de Abreu Dallari, afirma, categoricamente, que esse "é o único procedimento democrático conhecido para selecionar os candidatos tecnicamente mais qualificados para qualquer função que requeira alto grau de profissionalidade. É o único método que garante o controle público e que, mesmo não assegurando sempre o acesso dos melhores, pelo menos dá a certeza de exclusão dos piores". Quanto à alegação de falhas e de fraudes nos concursos públicos, tornando ilusórias suas vantagens, responde Zaffaroni que, como procedimentos democráticos, eles têm os mesmos defeitos e apresentam os mesmos riscos da democracia, estando, sem dúvida, sujeitos a deformações e desvios fraudulentos. Mas, diz ele, "ninguém pretende suprimir as eleições populares porque tem havido muitas fraudulentas", sendo importante, isto sim, procurar evitar as fraudes e reduzir os defeitos dos concursos, porque até agora não se conhece um sistema que seja melhor.²⁷⁷

²⁷⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 153.

²⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

²⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.

Porém, é preciso registrar que, pertencentes a um Poder Judiciário aberto ao ambiente externo – Quinto constitucional e, sobretudo, o vértice desse Poder, integralmente designado por critério político –, os Juízes sentem-se desconfortáveis com essa circunstância institucional. Também quando solicitados a se posicionar sobre a criação de um órgão para o controle externo do Judiciário, recusaram tal alternativa, quer fosse ela composta por magistrados, membros do Ministério Público e representantes da OAB, quer fosse integrada por membros dos três Poderes; recusaram também a intervenção dos Executivos estaduais no processo de indicação dos magistrados dos Tribunais de Justiça e de Alçada; e, por fim, em uma manifestação inequívoca daquele desconforto, assinalaram majoritariamente a opção favorável à seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal por meio de lista múltipla apresentada pelo próprio Tribunal ao presidente da República.²⁷⁸

Tal como exposto no 1º Capítulo, Peter Häberle, autor da teoria Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, defende, no entanto, a Constituição como um processo público. Nessa perspectiva, a lei constitucional e a interpretação constitucional republicana aconteceriam numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogo e de conflito, de continuidade e de descontinuidade, de tese e de antítese. Só assim, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, a Carta Política será também uma Constituição aberta, de uma sociedade aberta e verdadeiramente democrática.²⁷⁹

Essa compreensão é sedutora, sobretudo para aqueles que, a pretexto de combaterem o positivismo e a dogmática jurídica, processualizam a visão do Direito e do Estado, sem se darem conta, no entanto, de que por esse caminho se pode acabar dissolvendo a normatividade constitucional numa dinâmica absoluta e retirando da Lei Fundamental uma de suas mais importantes dimensões, que é precisamente a de servir de instrumento ordenador, conformador e estabilizador da vida social.²⁸⁰

²⁷⁸ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 284.

²⁷⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

²⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

Por isso, J. J. Gomes Canotilho, ao fazer o balanço crítico dessa teoria, ressalva que, caracterizada como processo, a Constituição apresenta um elevado déficit normativo, pois, a pretexto de abertura e de existencialismo atualizador do pluralismo, o que se tem, em verdade, é a dissolução da normatividade constitucional na política e na interpretação, faltando pouco para se concluir que legislação constituinte e interpretação constitucional são uma só e a mesma coisa.²⁸¹

Está claro, porém, que, num Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional é inafastável. Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político e a Constituição o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá de arbitrar os inevitáveis conflitos entre os fatores reais de poder, afinal, no âmbito da sociedade política, se ninguém pode dizer o que é justo, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é jurídico, até porque, a esta altura da História, parece incogitável abandonar o Estado de Direito e retornar à lei do mais forte.²⁸²

Aliás, a judicialização da política é um fenômeno atual e que significa o deslocamento do polo de decisão de certas questões que tradicionalmente cabiam aos poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário”, o que exige que os juízes tenham as atitudes pessoais e as preferências políticas ou os valores apropriados, especialmente em relação aos valores de outros tomadores de decisão. Em outras palavras, em condições favoráveis, a judicialização da política se desenvolve principalmente porque os juízes decidem que devem participar na elaboração de políticas (*policy-making*), substituindo as soluções de outras instituições por soluções próprias.²⁸³

²⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1982 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.

²⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 133.

²⁸³ SIMON, Carla; DAL RI, Luciene. Judicialização da Política: a atuação dos governadores do estado de Santa Catarina por meio de ações de ADPF junto ao Supremo Tribunal Federal. **In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unochapecó**, Chapecó, v. 2, n. 3, jan/dez 2019. Disponível em: <http://pegasus.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/RDUno/article/view/5288>. Acesso em: 30 ago. 2020.

Dado o possível déficit de legitimidade democrática inerente a esse monopólio da jurisdição constitucional para interpretação final da Constituição, ganha relevo o pensamento de Peter Häberle, que possui uma visão republicana e democrática da interpretação constitucional, por uma fórmula jurídico-política centrada na tese de que uma sociedade aberta exige uma interpretação igualmente aberta da sua Lei Fundamental, acentuando, inclusive, que, no processo de interpretação, devem estar vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os grupos e cidadãos, sem que se possa estabelecer em rol taxativo o elenco de intérpretes da Constituição.²⁸⁴

Daí o crescente reconhecimento de que a interpretação constitucional se tornou o problema central do *judicial review* e que, nas discussões sobre a sua legitimidade, as controvérsias quanto à origem desse poder extraordinário cederam lugar aos debates sobre o método constitucional a ser utilizado para dizer a última palavra sobre a Constituição. Trata-se de uma preocupação da maior importância, especialmente porque todos sabem que a escolha do método e o seu manejo, de resto, guiados pela pré-compreensão dos Juízes, acabam condicionando, talvez até mesmo determinando, o conteúdo das suas decisões. Se houver presente, igualmente, que a defesa das constituições democráticas é, também, a defesa dos valores que elas reconhecem e proclamam, que é muito mais fácil aos grupos minoritários, com uma singela petição, acionar a jurisdição constitucional contra as leis que os discriminem do que fazer abaixo-assinados ou gritar palavras de ordem, de resto, incapazes de inibir esses e outros abusos legislativos, enfim, é de se admitir que, longe de ser politicamente ilegítima, essa jurisdição constitucional acabará se mostrando uma instituição das mais democráticas.²⁸⁵

Por isso, há necessidade de se ter o máximo de equilíbrio e participação democrática nos processos para compor essa magistratura suprema, até porque, sem o respeito da sociedade que as instituiu e mantém, essas cortes não teriam condições

²⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141-142.

²⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142.

de arbitrar os conflitos políticos e ver acatadas as suas decisões.

Nesse panorama, consoante registrado nos capítulos anteriores, é assunto de inarredável importância quem e como deveriam eleger-se os juízes dos tribunais constitucionais, bem como quem deve controlar os controladores da constituição e quais deveriam ser seus mecanismos processuais.

Häberle sustenta que a independência interna e a integridade do magistrado constitucional, assim como a autoridade dos tribunais constitucionais, só podem ser garantidas limitadamente por normas legais externas. Em última instância, isso muito depende da personalidade do magistrado e da qualidade da sentença que forja a confiança. Para isso, haveria modelos ótimos para a seleção dos magistrados e uma exigência mínima de procedimentos corretos, de modo a assegurar minimamente que, no Estado de direito, todos os cidadãos sejam, em última instância, guardiões da constituição. Recomendáveis seriam formas mistas de eleição do magistrado, isto é, nenhum órgão constitucional deveria ter monopólio sobre a eleição do Juiz constitucional. Uma parte dos Juízes deveria ser eleita pelos legisladores; outra parte, pelo presidente da república, e a terceira parte, por um órgão de administração autônomo de Juízes e advogados. Com essa inclusão de muitos poderes estatais e sociais, pode-se evitar, no sentido de um procedimento de eleição pluralista, que os Juízes tomem resoluções demasiado parciais, reduzindo-se, sobretudo, a influência dos partidos políticos, que, de fato, é lamentavelmente desmedida.²⁸⁶

Pode-se pensar, para tanto, em audiências públicas para os candidatos a magistrados constitucionais, nas quais eles possam ser interrogados por sua filosofia da lei (como nos Estados Unidos). O tempo de serviço do magistrado constitucional, da mesma forma, deve ser muito bem meditado: um tempo de serviço amplo, por exemplo, de 12 anos, e a exclusão de reeleição, servem à independência. A rejeição de um magistrado por motivo de dúvida sobre sua imparcialidade não deveria ser tão fácil, nem que os partidos possam condenar os juízes que os incomodam; porém,

²⁸⁶ VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

tampouco deve ser tão difícil que quase não se possa aplicar na prática. Não é de se olvidar o papel que a autodisciplina dos juízes representa neste âmbito da problemática. Estes deveriam evitar comentar suas próprias decisões *ex post*, seja pública, seja privadamente.²⁸⁷

O fato é que, no Brasil, ao contrário do paradigma Estadunidense e a despeito de o processo formal de seleção dos Juízes das Cortes Constitucionais ser praticamente idêntico e de que tal método, como concluído no Capítulo 2, pode contribuir para a concretização da teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição defendida por Peter Häberle, isso não tem ocorrido quando da seleção dos Juízes para o Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois não se percebe, na realidade tupiniquim, algum sentimento nos presidentes da república em melhorar as práticas de seus antecessores e, em particular, a evitar erros anteriores, bem como um efetivo controle pelo Senado, com o interesse e participação da sociedade, da academia, da imprensa e de outros setores organizados, a fim de se propiciar maior transparência e minimizar erros na escolha.

Em conclusão, sem necessidade de se cogitar de um Estado judicial de Direito, ao menos o aperfeiçoamento do sistema de seleção brasileiro parece ser a fórmula temporalmente adequada para preservar o dogma da separação dos Poderes numa Sociedade Aberta e pluralista, portanto, de Intérpretes e realizadores da Constituição, até porque, como retratado no 1º Capítulo, o Brasil já adotou alguns mecanismos de implementação da teoria de Häberle, porém em momento posterior, isto é, quando do controle de constitucionalidade, como se vê da figura do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas.

²⁸⁷ VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Cortes Supremas são muito mais do que simples órgãos judiciários. São instituições políticas que, com suas decisões, concorrem para moldar a estrutura administrativa, política e econômica de um país, julgando, com foros de definitividade, os grandes temas de interesse nacional.

Não é exagerado afirmar que cada vez mais o Poder Judiciário – aquele poder invisível e nulo, de que falava Montesquieu, ou the *least dangerous branch* de que falava Hamilton, no *The Federalist* -, faz-se presente e atuante na vida de uma nação.

Depois de ter assumido plenamente sua condição de verdadeiro poder, cada vez mais é chamado a exercer a função de autêntico contra-poder, ou seja, um poder que se coloca na condição de controlador dos demais, zelando não só para que não ultrapassem suas competências, mas também para que cumpram estritamente suas funções constitucionais.

Ademais, o Judiciário se faz imprescindível para a saudável convivência social, zelando para que sejam respeitados os direitos fundamentais dos cidadãos, não só pelo Estado, mas também pelos demais concidadãos.

Este Judiciário, chamado a desempenhar novas funções, exige um novo magistrado, mais consciente da complexidade do Direito contemporâneo, que não pode ser visto como um subsistema isolado dos demais, porquanto cada vez mais o fenômeno jurídico mostra suas interfaces com a política, com a economia, com a sociedade.

Destarte, desnuda-se a necessidade de um Juiz comprometido com o maior valor dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, qual seja, a dignidade da pessoa humana, com direito a um mínimo existencial e ao pleno respeito aos seus direitos fundamentais.

Nesse pensar, tornou-se um truísmo dizer que a qualidade da justiça depende mais da qualidade das pessoas que aplicam o Direito, do que do conteúdo

do Direito que elas aplicam.²⁸⁸

Assim, paralelamente à questão do papel da magistratura, porém, estreitamente relacionado com ele, coloca-se o problema do modo de selecionar os Juízes das Cortes Constitucionais.

Os métodos variaram muito durante toda a história e, mesmo atualmente, se pode verificar que existe grande diversidade, em função de inúmeros fatores.

Em sua obra “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”, Peter Häberle propugna, em linhas gerais, pela adoção de uma Hermenêutica Constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada Sociedade Aberta, isto é, diante do papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, defende Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um legítimo Intérprete e a interpretação constitucional dos Juízes, ainda que importante, não é e nem deve ser a única. Ao contrário, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.

A ampliação do círculo de Intérpretes constituiria, para Häberle, além de uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, a democratização da interpretação constitucional ou, nas suas palavras, a Hermenêutica Constitucional da Sociedade Aberta.

Nos Estados Unidos da América e no Brasil, o processo formal de seleção dos Juízes das Cortes Constitucionais respectivas é praticamente idêntico: Presidente da República faz a indicação do nome, que é submetido à aprovação pelo Senado e, enfim, nomeado pelo Presidente da República.

Todavia, pode-se verificar, ante a problemática apresentada, a confirmação das hipóteses aventadas no presente trabalho, ou seja, a forma de seleção dos Juízes

²⁸⁸ HAYNES, Evan. **The Selection and Tenure of Judges**. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 1.

da Suprema Corte Americana e do Supremo Tribunal Federal, apesar de menos democrática do que em outros países e do sugerido por Peter Häberle, pode contribuir para a concretização da sua teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição se, ao menos, houver um efetivo controle pelo Senado e o interesse e o envolvimento da sociedade, da academia, da imprensa e de outros setores organizados, proporcionais à relevância do cargo.

É preciso reconhecer também que, apesar da grande similitude procedimental, o caminho para a seleção dos Juízes da Suprema Corte Americana tem contribuído mais para a concretização da teoria do jurista alemão do que o percorrido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois naquele, ao contrário deste, o Presidente da República geralmente se sente compelido a melhorar as práticas de seu antecessor e, em particular, a evitar erros anteriores, bem como há um real controle pelo Senado e o interesse e a participação da sociedade, da academia, da imprensa e de outros setores organizados, revelando Juízes que, ao longo do tempo, demonstraram um notável grau de senso constitucional comum no exercício dos seus deveres, para manter a mistura de continuidade e mudança que constitui a condição desejável à estabilidade nos processos governamentais básicos de uma Democracia.

Com efeito, no Capítulo 1 do trabalho viu-se que uma Democracia em grande escala exige, segundo Robert Dahl, funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes, liberdade de expressão, fontes de informação diversificadas, autonomia para as associações e cidadania inclusiva.

Ademais, após breve análise sobre Constitucionalismo, Constituição e Hermenêutica Constitucional em geral, verificou-se da teoria de Peter Häberle, marco teórico deste estudo, a necessidade, a bem de um Estado de Direito Constitucional, social, democrático e cultural, da adoção de uma Hermenêutica Constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada Sociedade Aberta, isto é, o estudo dos problemas constitucionais com uma visão antropológica e um modelo teórico que ele chama de Teoria da Constituição como uma Ciência da Cultura, segundo a qual as normas constitucionais surgem e são entendidas como processos culturais e são explicadas através de textos e contextos, ou seja, o puramente legal não abarca tudo o que a Constituição é.

Para tanto e a par das necessárias estabilidade da norma (decisão política) e a adesão à comunidade política (fenômeno cultural), consoante Häberle, é fundamental a ampliação do círculo de Intérpretes da Constituição para, além dos Juízes constitucionais, os que vivem a Constituição, tais como cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública, que constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.

Ficou claro, não obstante, que, num Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional é inafastável, afinal, no âmbito da sociedade política, se ninguém pode dizer o que é justo, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é jurídico, até porque, a esta altura da História, parece incogitável abandonar o Estado de Direito e retornar à lei do mais forte.

Todavia, como as Cortes Constitucionais não se reduzem a simples órgãos judiciários e havendo a necessidade de se ter como clara a independência interna e a integridade do magistrado constitucional, assim como a autoridade dos tribunais constitucionais, que depende muito da personalidade do magistrado e da qualidade das suas decisões, Häberle expõe a importância da seleção dos Juízes das Cortes Constitucionais, recomendando, ao final, formas mistas de eleição do magistrado, isto é, nenhum órgão constitucional deveria ter monopólio sobre a eleição do Juiz constitucional.

Por exemplo, uma parte dos Juízes deveria ser eleita pelo Poder Legislativo, outra parte pelo Presidente da República e a terceira parte por um órgão de administração autônomo de Juízes e advogados, de modo a evitar, com essa inclusão de muitos poderes estatais e sociais, no sentido de um procedimento de eleição pluralista, que os Juízes tomem decisões parciais, reduzindo-se, sobretudo, a influência dos partidos políticos, que, de fato, é lamentavelmente desmedida.

Assim, paralelamente à questão da Hermenêutica Constitucional e do papel da magistratura, porém estreitamente relacionado com este, colocou-se o problema do modo de selecionar os Juízes das Cortes Constitucionais, especialmente nos Estados Unidos da América e no Brasil.

No Capítulo 2, então, tratou-se do sistema jurídico-legal dos Estados Unidos da América, a história do Direito e o Constitucionalismo Estadunidense, seu Poder Judiciário, a Suprema Corte Americana e a forma de seleção de seus Juízes.

Da narrativa histórica e análise dos demais pontos, percebeu-se que os Estados Unidos partiram do impulso das lutas de classes na Inglaterra, da ascensão burguesa, da revolução industrial e efetivaram a sua emancipação num processo de luta armada que lhes deu consciência da sua identidade nacional.

Além de tal lucidez patriótica ter se revelado fundamental na elaboração da democrática Constituição Americana, onde se optou pela escolha dos Juízes da Suprema Corte pelo Presidente da República com a aprovação do Senado, o curso da história também indicou a sua presença nos diversos processos de nomeação dos *Justices*.

De tudo, inclusive dos enormes debates acerca dos candidatos, das desistências de indicação por alguns presidentes e da negativa do Senado em torno de outros tantos, pode-se perceber que, apesar de o processo de seleção dos Juízes da Suprema Corte Americana não ocorrer na forma sugerida por Peter Häberle, inegável que o sistema norte-americano contribui para a concretização da teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, na medida que os presidentes americanos geralmente se sentem compelidos a melhorar as práticas de seu antecessor e, em particular, a evitar erros anteriores, mormente porque o processo conta com um efetivo controle pelo Senado e com o interesse e a participação da sociedade, da academia, da imprensa e de outros setores organizados.

Por outro lado, quando da elaboração do Capítulo 3, que cuidou do sistema-jurídico legal do Brasil, do seu Constitucionalismo, do Poder Judiciário brasileiro, do Supremo Tribunal Federal e do processo de seleção dos seus Ministros, o mesmo não ocorreu neste país, em que pese o processo formal de seleção dos Juízes das Cortes Constitucionais americana e brasileira sejam praticamente idênticos.

De pronto, inferiu-se que a evolução do sistema jurídico brasileiro está

diretamente ligada ao processo de formação do Estado brasileiro, pois é da necessidade de implementar o processo de exploração da colônia na América Latina pela metrópole portuguesa que se delineia a recepção do sistema jurídico romano-germânico (*Civil Law*), e que o país nasceu da decadência de Portugal, do seu obscurantismo, da inquisição e toda a sua política econômica e, mesmo após a independência, primou pelo fortalecimento da monocultura, com base no monopólio da terra, do trabalho escravo e da produção para o mercado externo.

Também diferente do ocorrido nos Estados Unidos da América, indicação de um ministro do Supremo Tribunal Federal nunca mereceu grande interesse da sociedade para se avaliar a capacidade do indicado e/ou suas ligações políticas. A realidade brasileira tem demonstrado que o processo de indicação se desenvolve no eixo Planalto/Senado, sem despertar a curiosidade da população, da academia e de outros setores organizados. Se preocupação houve aqui e ali, ela foi sempre tímida, desproporcional à relevância do cargo.

Aliás, importante registrar que, na prática, o Senado Federal tem sido, sistematicamente, mero homologador formal das indicações, aprovando passivamente os indicados, sem qualquer questionamento.

Nesse cenário, o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem produzido resultados duvidosos, a revelar Juízes sem verdadeira independência política ou moral ou sem a estatura intelectual que o cargo pressupõe.

Outrossim, resta evidente que a Suprema Corte norte-americana tem exercido maior influência, pelas suas decisões, para a segurança jurídica dos Estados Unidos, seja por ter mais de dois séculos de existência, seja pela metodologia usada para decidir os litígios, dentre outras causas, do que, comparativamente, o Supremo Tribunal Federal à consolidação do Estado de Direito no Brasil. A pauta de visitas de acadêmicos, Juízes e advogados de todo o mundo, interessados em conhecer *in loco* o funcionamento da corte norte-americana é enorme. O uso preponderante da interpretação constitucional, desde a inovadora decisão no caso *Madison vs. Marbury* (1803), e da análise econômica do direito e do direito e desenvolvimento no processo interpretativo decisional da Suprema Corte norte-americana, comparativamente maior

do que o Supremo Tribunal brasileiro, tem colaborado para criar uma imagem bastante positiva do tribunal naquela sociedade.

Dessa forma, parece faltar à corte brasileira um comprometimento mais explícito sobre a interpretação de vários princípios constitucionais, principalmente no que tange às liberdades públicas e ordem econômica brasileira, limitação da competência da corte somente a casos envolvendo a interpretação da Constituição Federal, com a seleção dos processos a serem julgados, nos moldes da Suprema Corte, e a mudança do processo de seleção dos juízes, tornando-o mais transparente e democrático.

Não fosse o suficiente, a política judicial e os procedimentos da Suprema Corte norte-americana, com algumas adaptações, têm sido difundidos e recepcionados, inclusive, por países de sistemas jurídicos romano-germânicos. Já o Supremo Tribunal Federal sofreu uma série de ingerências políticas, em face do precário e instável desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, que afetou sobremaneira a credibilidade e a formação de uma cultura jurídica com forte sentimento constitucional, tal como existe nos Estados Unidos em face da grande influência da Suprema Corte, o tribunal brasileiro não goza da mesma respeitabilidade perante a sociedade brasileira, onde grande parte da população sequer conhece a relevância da sua atividade. Ressalte-se, ainda, que se pode inferir que há maior ingerência do Poder Executivo federal nas decisões do Supremo Tribunal Federal, comparativamente à ingerência do Executivo na Suprema Corte que, em função do processo político-jurídico norte-americano, consolidou-se como tribunal mais independente e autônomo do que o brasileiro, embora, de forma convergente, os dois tenham, em tese, o mesmo grau de independência e hierarquia, pois ambos encontram-se no topo de cada Poder Judiciário.

Vale mencionar, também, que a Suprema Corte tem exercido maior papel na consolidação e desenvolvimento do federalismo norte-americano do que o Supremo Tribunal Federal no brasileiro, observando-se uma grande preocupação da implantação e adequação do federalismo norte-americano ao interesse nacional e desenvolvimento social.

Por sua vez, apesar de praticamente idênticos, o processo de indicação de Juízes para a Suprema Corte norte-americana é mais democrático, transparente e politizado do que o para o Supremo Tribunal Federal, havendo forte mobilização popular e pressão no Senado Federal na sabatina realizada no candidato indicado pelo Presidente da República.

Enfim, sem necessidade de se cogitar de um Estado judicial de Direito, ao menos o aperfeiçoamento do sistema de seleção brasileiro parece ser a fórmula temporalmente adequada para preservar o dogma da separação dos Poderes numa Sociedade Aberta e pluralista, portanto, de Intérpretes e realizadores da Constituição, até porque o Brasil já adotou alguns mecanismos de implementação da teoria de Häberle, porém para aplicação em momento posterior à escolha dos Juízes, isto é, quando do controle de constitucionalidade, como se vê da figura do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas.

Sem embargo, pois são questões que merecem detalhado estudo alheio ao objeto deste trabalho, conforta-se com a clássica lição de Montesquieu, para quem nem sempre se deve esgotar tanto um assunto, que nada se deixa para o leitor fazer, e que não se trata de fazer ler e sim de fazer pensar²⁸⁹, até porque, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, “[...] a vida é feita das circunstâncias e do possível, não do ideal”.²⁹⁰

²⁸⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 8. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 200.

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XX.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRAHAM, Henry Julian. **Justices, Presidents, and Senators: a history of the U.S. Supreme Court appointments from Washington to Bush II.** 5. ed., new and revised edition, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo (Org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes.** Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.753.** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requeridos: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 26 fev. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266917>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Histórico.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno.** Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 23. ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONNEAU, Chris W.; HALL, Melinda Gann. **Judicial Elections in the 21st Century**. New York: Routledge, 2017.

CADEMARTORI, Luiz Henrique; BOMBANA, Anelícia Verônica. Amicus curiae - a democratização da sociedade como intérprete da constituição e constitucionalidade perante o STF. *In: Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 3, n. 3, 30 quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica ISSN 1980-7791. Acesso em: 30 ago. 2020.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um Advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CALVI, James V.; COLEMAN, Susan L. **American Law and Legal Systems**. 8. ed., New York: Routledge, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução e revisão de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The Nature of the Judicial Process**. Mineola: Dover Publications, 2005.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: Geral e Brasil**. 13. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução do Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: principles and policies**. Fifth ed., New York: Wolters Kluwer, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *In: Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>. Acesso em: 26 nov. 2018.

DAHL, Robert Alan. **A Constituição Norte-americana é democrática?** Tradução Vera Ribeiro. Revisão técnica Mario Brockmann Machado. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

DAHL, Robert A. **A Democracia e seus Críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert Alan. Democracy. **Encyclopædia Britannica**, Chicago, 19 fev. 2020.

Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/democracy>. Acesso em: 09 mar. 2020. DAHL, Robert. A. **Poliarquia: participação e oposição**. Prefácio Fernando Limongi. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007.

DAL RI, Luciene.; CATTANI, Marcos José Campos. O Positivismo Jurídico em Bobbio e a Democracia como o 'governo do poder visível'. *In: Revista Justiça Do Direito*, 29(2), 271-293. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v29i2.5591>. Acesso em: 30 ago. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States of America as amended**. Washington: United States Government Printing Office, 2007. Disponível em: www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf. Acesso em: 27 jan. 2018.

FACCHINI NETO, Eugênio. O Protagonismo do Judiciário no Mundo Contemporâneo e Algumas de suas Razões. *In: Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 1, p. 89-132, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3268/2050>. Acesso em: 30 ago. 2020.

FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Edited by Steve Sheppard. 4. ed., New York: Oxford University Press, 2010.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Entrevista a Peter Häberle. *In: Bol. Mex. Der. Comp.*, México, v. 42, n. 126, p. 1621-1645, dic. 2009. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000300017&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 15 abr. 2020.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha; revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FRIEDMAN, Lawrence Meir. **A History of American Law**. 3. ed., New York: Touchstone, 2005.

FRIEDMAN, Lawrence Meir; HAYDEN, Grant M. **American law: an introduction**. 3. ed., New York: Oxford University Press, 2017.

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 127-146, jan./mar. 2010.

GALIO, Morgana Henicka. O Direito e a Cultura Jurídica na Tradição *Common Law*.

In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

GHISLENI, Giancarlo Maturano; DAL RI, Luciene. A progressiva efetividade dos direitos sociais no ordenamento brasileiro. *In: Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 30 ago. 2020.

GOELZHAUSER, Greg. **Choosing State Supreme Court Justices: merit selection and the consequences of institutional reform**. Philadelphia: Temple University Press, 2016.

GOLDMAN, Sheldon. **Picking Federal Judges: lower court selection from Roosevelt through Reagan**. New Haven: Yale University Press, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el Estado constitucional**. Tradução de Carlos Ramos y Jürgen Saligmann. Perú; Universidad Católica del Perú, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional**. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. de Emilio Mikunda-Franco. España: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Verdad y Estado constitucional**. Tradução de Guillermo Mañón Garibay. México: UNAM, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Textos clássicos na vida das constituições**. Tradução de Peter Naumann. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2016.

HAYNES, Evan. **The Selection and Tenure of Judges**. Clark: The Lawbook Exchange, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Estados Unidos da América: Wildner Publications, 2014.

HUMBACH, John A. **Whose Monet?: an introduction to the American legal System**. 2. ed., New York: Wolters Kluwer, 2016.

KATZMANN, Robert A. **Judging Statutes**. New York: Oxford University Press, 2014.

KOTZUR, Markus. **Peter Häberle on Constitutional Theory**: constitution as culture and the open society of constitutional interpreters. Oxford: Nomos/Hart Publishing, 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La noción de constitución abierta de peter häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. **In: Estudios constitucionales**, Santiago, v. 8, n. 1, p. 283-304, 2010. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100010&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX**. Curitiba: Juruá, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à História Social e Política do Processo. **In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill Of Rights Americano**: reflexos no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MARTINEZ, Pedro Daniel Gonzalez Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. **In: Cuest. Const.** México, n. 27, p. 165-192, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2020.

MAVEETY, Nancy. **Picking Judges**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **In: Consultor Jurídico**, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 26 nov. 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 8. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2004.

MUNOZ, Daniel E. Florez. Derecho y Sociedad en el Estado constitucional: Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Haberle. **In: Rev. Derecho**, Barranquilla, n. 35, p. 1-31, June 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972011000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, Charles Herman; EPSTEIN, Lee. **Courts, Judges, and Politics**: an introduction to the judicial process. 5. ed., New York: McGraw-Hill, 2002.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Filosofia do Direito**. 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Democracy**. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/issues-depth/democracy/index.html>. Acesso em: 19 nov. 2020.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14. ed. rev. atual. e amp., Florianópolis: EMais, 2018.

PETERS, C. Scott. **Regulating Judicial Elections: assessing state codes of judicial conduct**. New York: Routledge, 2017.

REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. With commentary by Amy Gutmann. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 11. ed., Stamford: Cengage Learning, 2015.

SERRAGLIO, Priscila Zilli; ZAMBAM, Neuro José. Hermenêutica e constitucionalismo contemporâneo. *In: Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 30 ago 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SIMON, Carla; DAL RI, Luciene. Judicialização da Política: a atuação dos governadores do estado de Santa Catarina por meio de ações de ADPF junto ao Supremo Tribunal Federal. *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unochapecó*, Chapecó, v. 2, n. 3, jan/dez 2019. Disponível em: <http://pegasus.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/RDUno/article/view/5288>. Acesso em: 30 ago. 2020.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019.

TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. **Considerações e Reflexões Sobre o Direito Norte-Americano**. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/837/782>. Acesso em: 27 jan. 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Vol. 1. Nova York: Schocken Books, 1961.

TOOBIN, Jeffrey. **Os nove: por dentro do mundo secreto da suprema corte**. Tradução

de Paulo André Vieira Ramos Arantes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VALADÉS, Diego. **Conversaciones académicas con Peter Häberle**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

VALADÉS, Diego (organizador). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERSTEEG, Mila; ZACKIN, Emily. A Excepcionalidade Constitucional Americana Revisitada. **In: Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 695-754, nov. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6667>. Acesso em: 12 out. 2018.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 10. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. **In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018

YALOF, David Alistair. **Pursuit of Justices: presidential politics and the selection of Supreme Court nominees**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

APÊNDICE

ESTRUTURA E COMPOSIÇÃO DE CORTES CONSTITUCIONAIS NO MUNDO

PAÍS	SISTEMA JURÍDICO	NOME DA CORTE CONSTITUCIONAL	NÚMERO DE JUÍZES	FORMA DE SELEÇÃO DOS JUÍZES	TEMPO DE ATUAÇÃO	OBSERVAÇÕES IMPORTANTES
África do Sul	Romano-holandês (misto)	Corte Constitucional da África do Sul	11	Juízes nomeados pelo Chefe do Executivo, mediante consulta ao <i>Chief Justice</i> e aos líderes dos partidos políticos com representação na Assembleia Nacional, a partir de uma lista produzida pela Comissão de Serviço Judicial, que deve ter sempre 3 nomes a mais do que o número de vagas a serem preenchidas na Corte.	Mandato de 12 anos ou quando completar 70 anos, o que ocorrer primeiro.	Pelo menos 4 dos 11 juízes precisam ser egressos do Judiciário.
Alemanha	Civil Law	Tribunal Constitucional	16	Juízes eleitos em partes iguais pelo	Mandato de 12 anos ou quando completar 68 anos	A Corte é dividida em dois "Senados"

		Federal da Alemanha		Parlamento Federal – Câmara dos Deputados, elegendo-se primeiro, doze membros do Parlamento que, então, escolhem os juízes por maioria de dois terços dos votos, e pelo Conselho Federal – Senado, por voto direto e maioria qualificada de dois terços. Chefe do Executivo nomeia o juiz escolhido, tratando-se de ato de mera homologação.	de idade, o que ocorrer primeiro.	(Turmas) não hierarquizados, com 8 membros cada, sendo que 3 juízes de cada “Senado” devem ser eleitos entre os magistrados que pertenceram a um dos tribunais superiores da Federação, enquanto que os outros 5 devem ser escolhidos entre pessoas que possuam o direito eleitoral passivo para o Parlamento e que possuam habilitação para o exercício da magistratura.
Argentina	Civil Law	Corte Suprema de Justiça da Nação	5	Juízes nomeados pelo Chefe do Executivo, após aprovação do Senado, entre juristas com oito	Vitalícios.	O Decreto nº 222/2003 procurou dar transparência ao processo de indicação dos juízes pelo Poder

				anos de exercício, que tenham as qualificações exigidas para os Senadores.		Executivo, prevendo a publicação dos nomes na imprensa e internet, bem como a possibilidade de cidadãos e entidades da sociedade civil apresentarem observações e críticas por escrito.
Austrália	Common Law	Tribunal Superior da Austrália	7	Juízes nomeados pelo Governador-Geral, este, por sua vez, que nomeado pelo monarca britânico.	Até os 70 anos de idade.	São requisitos para a nomeação: ser ou ter sido juiz em tribunal federal, estadual ou de Território, ou ter sido inscrito como <i>barrister</i> e/ou <i>solicitor</i> no Tribunal Superior ou na Suprema Corte de um Estado ou Território por, pelo menos, cinco anos.
Bélgica	Civil Law	Corte Constitucional	12	Juízes nomeados pelo Rei a partir de uma lista dupla apresentada	Vitalícios.	6 juízes devem pertencer ao grupo de língua francesa e 6 ao grupo de língua

				alternadamente pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, aprovada por pelo menos dois terços dos respectivos membros presentes.		neerlandesa, sendo que um dos 12 deve ter conhecimento razoável de alemão. Em cada grupo de idiomas, 3 juízes são nomeados com base na sua experiência como membro de alguma assembleia parlamentar e 3 juízes por sua experiência jurídica.
Bolívia	Civil Law	Tribunal Constitucional Plurinacional	7 titulares e 7 suplentes.	Juízes e Juízas eleitos pelo sufrágio universal, segundo critérios de nacionalidade com representação tanto do sistema ordinário quanto do sistema indígena originário campesino.	Mandato de 6 anos, sem possibilidade de reeleição de forma contínua.	Pelo menos 2 integrantes serão obrigatoriamente oriundos do sistema indígena e campesino por “autoidentificação pessoal”.
Brasil	Civil Law	Supremo Tribunal Federal	11	Juízes nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria	Até os 75 anos de idade.	Os juízes serão escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e

				absoluta do Senado Federal.		cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
Bulgária	Civil Law	Suprema Corte de Cassação	12	Juízes escolhidos por um processo de nomeação plural, que conta com a indicação direta do Presidente da República, do Congresso Nacional e dos Magistrados que compõem a Suprema Corte de Cassação e a Suprema Corte Administrativa, na proporção de um terço para cada poder.	Mandato de 9 anos, sem possibilidade de reeleição.	Todos os casos de natureza civil, criminal e comercial podem ser revistos pela Suprema Corte de Cassação. Há também a Suprema Corte Administrativa, voltada às matérias de direito administrativo, formando uma espécie de justiça administrativa, à moda francesa.
Canadá	Common Law e Civil Law	Suprema Corte do Canadá	9	Juízes indicados pelo <i>Governor in Council</i> , isto é, pelo Governador-Geral, que é o Vice-Rei do Canadá, representante da	Até os 75 anos de idade.	Pelo menos 3 juízes devem ser oriundos de Quebec, que o usa o sistema Civil Law. Na prática, 3 juízes são de Ontario, 3 de

				Rainha da <i>Commonwealth</i> .		Quebec, 2 de alguma província do West Canadá e 1 de alguma província de Atlantic Canadá.
Chile	Civil Law	Tribunal Constitucional	10	3 juízes são indicados pelo Presidente da República; 4 eleitos pelo Congresso Nacional, sendo 2 nomeados pelo Senado, mediante votação única com manifestação favorável de dois terços dos senadores, mais 2 indicados pela Câmara dos Deputados, sujeitos, no entanto, à aprovação do Senado, mediante votação única e aprovação de dois terços na Câmara e, posteriormente, no	Prazo máximo de 9 anos, observando-se a necessidade de renovação a cada 3 anos, ou 75 anos de idade, o que ocorrer primeiro.	O Tribunal Constitucional é um órgão do Estado autônomo e independente de qualquer outra autoridade ou poder, inclusive do próprio Poder Judiciário, que tem no seu ápice a Corte Suprema.

				Senado; e, por fim, 3 juízes eleitos pela Corte Suprema em sessão secreta.		
Colômbia	Civil Law	Corte Constitucional da Colômbia	9	Juízes escolhidos pelo Senado, respeitando a proporcionalidade de um terço das indicações – que devem ser feitas em listas tríplexes – por cada um dos seguintes órgãos: Presidência da República, Corte Suprema de Justiça e Conselho de Estado.	Mandato de 8 anos, sem possibilidade de reeleição.	Os processos de seleção dos magistrados no Senado são profundamente impregnados por preocupações de cunho ideológico e político.
Costa Rica	Civil Law	Corte Suprema de Justiça	22 titulares e 25 suplentes para as três primeiras salas e 12 magistrados	Juízes eleitos pela Assembleia Legislativa.	Mandato de 8 anos, permita uma recondução, a menos se houver oposição formada pela maioria de dois terços da Assembleia.	A Corte Suprema é formada por três “salas”, com competência para julgamento de matérias não constitucionais, compostas cada qual por 5 juízes, e a

			suplentes para a Sala Constituci onal			“sala constitucional”, integrada por 7 juízes.
Croácia	Civil Law	Corte Constitucional da República Croácia	13	Juízes eleitos pelo Parlamento croata entre notáveis juristas, juízes, promotores públicos, advogados e professores.	Mandato de 8 anos.	A Corte Constitucional da Croácia não é considerada um órgão integrante do poder judiciário nacional, mas sim um órgão intergovernamental ou órgão constitucional <i>sui generis</i> , com disciplina normativa em seção específica da Constituição.
Equador	Civil Law	Corte Constitucional do Equador	9	Juízes e Juízas escolhidos por concurso público orientado por uma Comissão qualificadora composta por pessoas indicadas	Mandato de 9 anos.	Além de outros requisitos, é vedado ao candidato a juiz ter pertencido à direção de partido ou movimento político nos últimos dez anos.

				pelos poderes legislativo, executivo e judiciário e pela transparência e controle social.		
Espanha	Civil Law	Tribunal Constitucional da Espanha	12	Juízes nomeados pelo Rei, observando-se, porém, que 4 membros devem ser indicados por uma maioria de três quintos dos membros do Congresso dos Deputados; 4 indicados por uma maioria de três quintos do Senado; 2 indicados pelo Governo (Poder Executivo); e 2 indicados pelo Conselho Geral do Poder Judiciário.	Mandato de 9 anos, não renovável para o período imediatamente subsequente.	O Tribunal Constitucional da Espanha é independente dos outros órgãos jurisdicionais e está submetido apenas à Constituição e à sua Lei Orgânica, não integrando, pois, o Poder Judiciário.
Estados Unidos	Common Law	Suprema Corte dos Estados Unidos	9	Juízes nomeados pelo Presidente, mediante conselho e	Vitalícios.	No Senado, os indicados pelo Presidente são

				aprovação do Senado.		entrevistados em audiências geralmente televisionadas e, posteriormente, seu nome submetido à votação no plenário da casa.
França	Civil Law	Conselho Constitucional	Variável. 9 membros nomeados e os ex-Presidentes da República, considerados os membros de direito.	Os membros nomeados são indicados pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado, na proporção de um terço.	Mandato de 9 anos, não renováveis, para os membros nomeados e vitaliciedade para os membros de direito.	As indicações feitas pelos presidentes da Assembleia Nacional e do Senado devem ser aprovadas pela Comissão Permanente competente da respectiva casa legislativa, enquanto aquelas feitas pelo Presidente da República se submetem à análise da Comissão Permanente das casas legislativas, ficando vedada caso a soma dos votos negativos das duas

						comissões represente três quintos dos votos válidos totais de ambas.
Grécia	Civil Law	Mais Alta Corte Especial	Variável. Em regra, a corte é composta pelos presidente s dos três mais altos tribunais do país. Para determina das matérias, contudo, a composiçã o é acrescida de dois professore s universitári os,	Juízes são de carreira e os professores universitários escolhidos por sorteio.	Até os 70 anos de idade.	A Grécia não possui uma corte constitucional propriamente dita, mas uma corte quase constitucional, ou seja, também com outras competências e que serve para uniformizar, em caso de conflito, as decisões de inconstitucionalidade adotadas pelos três tribunais supremos: Areios Pagos, Conselho de Estado e Tribunal de Contas. A Mais Alta Corte Especial ocupa um status apartado da hierarquia dos

			escolhidos por sorteio.			sistema judicial grego.
Hungria	Civil Law	Corte Constitucional da Hungria	15	Juízes selecionados pela Assembleia Nacional por um quórum de dois terços, incluindo-se o próprio Presidente da Corte.	Mandato de 12 anos, sem reeleição.	Há muitas críticas sobre o “modelo parlamentar” de escolha dos juízes, por conta do excessivo jogo político existente.
Índia	Customary Law	Suprema Corte da Índia	31	Juízes nomeados pelo Presidente da República, podendo consultar os demais juízes da Suprema Corte e das Cortes Altas dos Estados, caso considere necessário, bem como deve, necessariamente, consultar o <i>Chief Justice</i> .	Até os 65 anos de idade.	Na prática, quase todos os juízes da Suprema Corte advêm da magistratura nas Altas Cortes, enquanto a maioria destes são advogados.
Israel	Civil Law	Tribunal Supremo de Israel	15	Juízes eleitos pelo Comitê de Eleição dos Juízes, que é composto por nove membros: o	Até os 70 anos de idade.	O processo de nomeação dos juízes é dominado pelo próprio Judiciário, não

				Presidente do Tribunal Supremo de Israel, dois outros juízes do Tribunal Supremo eleitos pela própria corte, o Ministro da Justiça, outro ministro designado pelo Governo, dois membros do Parlamento eleitos pelo próprio e dois advogados eleitos pela Ordem dos Advogados.		havendo qualquer espaço para outras instituições ou forças sociais influenciarem a Corte por meio desse particular mecanismo de controle das nomeações.
Itália	Civil Law	Corte Constitucional da Itália	15	Um terço dos juízes são nomeados pelo Presidente da República, um terço pelas duas Casas do Parlamento, em sessão conjunta, e um terço nomeados a partir dos tribunais judiciais e administrativos superiores.	Mandato de 9 anos, improrrogável.	Independentemente da origem da nomeação, todos os juízes do tribunal devem ser magistrados dos órgãos superiores do Poder Judiciário, professores de direito ou advogados com pelo menos vinte anos de

						experiência.
Paraguai	Civil Law	Corte Suprema de Justiça	9	Juízes escolhidos pela Câmara dos Senadores, aprovados pelo Poder Executivo, a partir de lista tríplice formada pelo Conselho da Magistratura, que é composto por oito membros, um da Corte Suprema de Justiça, um do Poder Executivo, um Senador e um Deputado, dois advogados e dois professores universitários.	Até os 75 anos de idade.	O processo de nomeação dos juízes é complexo e envolve diversos atores estatais, com baixa ingerência do Poder Executivo.
Peru	Civil Law	Tribunal Constitucional do Peru	7	Juízes eleitos pelo Congresso da República, por voto de dois terços.	Mandato de 5 anos, sem possibilidade de reeleição.	O Tribunal Constitucional é órgão distinto do Poder Judiciário e seu membros, dentre outros requisitos, só podem oriundo da Corte

						Superior ou ser promotor de instância superior pelo prazo mínimo de dez anos.
Portugal	Civil Law	Tribunal Constitucional	13	10 juízes designados pela Assembleia da República e 3 cooptados por estes.	Mandato de 9 anos, sem possibilidade de recondução.	6 juízes do Tribunal Constitucional devem ser escolhidos entre juízes de outros tribunais.
Reino Unido	Common Law	Suprema Corte do Reino Unido	14	Juízes nomeados pela Rainha, aconselhada pelo Primeiro Ministro, que, por sua vez, recebe recomendações de uma comissão de seleção.	Até os 70 anos de idade os juízes que tiverem sido nomeados para algum cargo no Poder Judiciário até 31 de março de 1995 e os demais até os 75 anos de idade.	A seleção deve garantir a representação na Suprema Corte de todos os países que forma o Reino Unido.
República Tcheca	Civil Law	Corte Constitucional da República Tcheca	15	Juízes indicados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado.	Mandato de 10 anos, com possibilidade de recondução.	O ponto chave do processo levado a cabo no Senado não ocorre nas suas comissões ou na votação final em plenário, mas sim através de

						audiências secretas sobre questões políticas dos candidatos.
Suécia	Civil Law	Supremo Tribunal da Justiça Comum	16	Juízes indicados pelo Governo	Até os 67 anos de idade.	Todos os juízes devem ser oriundos da magistratura.
Suíça	Civil Law	Supremo Tribunal Federal	35 a 45 titulares (atualmente são 38) e 19 suplentes.	Juízes escolhidos pela Assembleia Federal.	Mandato de 6 anos, com possibilidade de reeleição ilimitada até os 68 anos de idade.	Um terço dos juízes devem ser oriundos da carreira da magistratura.
Turquia	Civil Law	Corte Constitucional da Turquia	17	2 juízes escolhidos pelo Congresso Nacional a partir de lista tríplice elaborada pelo presidente e pelos membros da Corte de Contas, para cada vaga, e 1 membro de uma lista tríplice elaborada pelos dirigentes da Ordem dos Advogados; 3 membros indicados	Mandato de 12 anos, sem reeleição.	Além dos 17 ministros, a Corte possui “ministros rapporteurs” responsáveis pela relatoria dos processos e elaboração da minuta dos julgamentos, escolhidos dentre juízes, promotores de justiça, professores, pesquisadores etc.

				pelo Presidente da República, oriundos da Suprema Corte de Apelação, 2 membros oriundos do Conselho de Estado e 1 membro da Suprema Corte Militar de Apelação, 3 membros bacharéis em Direito de uma lista tríplice elaborada pelo Conselho de Educação Superior, 4 membros dentre executivos de alta qualificação.		
Venezuela	Civil Law	Tribunal Supremo de Justiça	32	Juízes eleitos pela Assembleia Nacional.	Mandato de 12 anos.	O Tribunal é dividido em “salas” (Turmas), havendo uma exclusiva para o direito constitucional, com sete membros.