



## Quais funções um Tribunal Constitucional deve desempenhar?

Spacca

A reeleição da presidenta Dilma Rousseff e a constatação de que em seu segundo mandato ela terá a oportunidade fazer mais cinco nomeações para o Supremo Tribunal Federal (STF) motivaram uma discussão pública sobre o atual modelo brasileiro de escolha de ministros.

Nesse debate o tema principal foi o risco da eventual cooptação do STF por um único partido político. Ao que se contrapôs, em minha opinião justamente, que:

(i) as garantias constitucionais da magistratura permitem a independência dos ministros de quem quer que os tenha nomeado – algo que pode ser constatado na prática recente do Tribunal;

(ii) em nosso modelo de separação de poderes a confirmação pelo Senado é o mecanismo institucional limitador da escolha presidencial;

(iii) tal prerrogativa presidencial é consequência de sua eleição direta por sufrágio universal e, portanto, tão legitimada pelo voto quanto quaisquer outros poderes que o cargo lhe atribua.

Tais contrapontos me parecem mais do que suficientes para rebater as críticas realizadas e, portanto, não se trata aqui de insistir neste tema.

Há, no entanto, uma questão geral que é suscitada por essa discussão, e que acredito merecer uma discussão mais detalhada: *Para que serve um Tribunal Constitucional?*

Essa pergunta fundamental é indissociável de discussões sobre como desenhar um mecanismo de seleção de ministros porque não existe modelo adequado em abstrato. Todo e qualquer modelo será mais ou menos adequado (i) *para* algum fim específico e (ii) *em* alguma situação concreta.

A resposta automática de muitos provavelmente seria: “para guardar a Constituição”. Mas tal resposta é insatisfatória para o nosso objetivo, porque há que se esclarecer *de quem* se quer protegê-la, e *em nome de que* se invoca essa autoridade.

Quanto a isso há propostas distintas, porque diversas são as teorias democráticas que embasam o constitucionalismo moderno e porque diversas são as teorias constitucionais que o justificam.

### I. Diferentes fins

Nesse sentido, é importante ter em mente que, se perguntássemos a cada uma das mais proeminentes teorias constitucionais: Para que *especificamente* serve um Tribunal Constitucional? Ou seja: Qual o problema que Tribunais Constitucionais são capazes de legitimamente resolver? Diversas seriam as respostas recebidas.





Existe uma diferença enorme entre imaginar que a função de um Tribunal Constitucional seja (i) evitar que um governo detentor de uma maioria ocasional seja capaz de alterar decisões tomadas por uma maioria anterior; (ii) evitar que representantes eleitos, agindo de maneira imediatista, ameacem direitos constitucionais em nome de uma vitória nas próximas eleições; (iii) evitar que representantes eleitos influenciem o processo eleitoral de maneira a garantir sua perpetuação no poder; (iv) evitar que maiorias políticas oprimam minorias, as quais são incapazes, por definição, de garantirem seus interesses em um processo político majoritário.

Na primeira dessas hipóteses, a função do Tribunal Constitucional é preservar decisões políticas tomadas por uma maioria dos cidadãos (a Constituição), de uma maioria legislativa que, no entanto, por motivos de desenho institucional do próprio sistema eleitoral, não representa substantivamente a vontade da maioria.

Nesse sentido, a função do Tribunal Constitucional é majoritária. Sua função, em termos mais abstratos, é proteger o “povo” de seu “governo”, vetando decisões de uma maioria legislativa em nome de decisões superiores do “povo soberano”<sup>[1]</sup>.

Nesse caso, o veto de um Tribunal Constitucional é funcionalmente similar ao veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade. Em ambos os casos uma instituição independente limita o poder de uma maioria legislativa em nome de sua capacidade de melhor representar a vontade popular.

Na segunda hipótese, a função do Tribunal Constitucional é proteger o processo eleitoral dos políticos eleitos<sup>[2]</sup>. Há aqui dois tipos diferentes de problema, um diz respeito a maiorias eventuais mudarem as regras do jogo para se perpetuar no poder (agindo contrariamente aos interesses de políticos sem mandato e de políticos com mandato, mas opositores); o outro diz respeito a políticos eleitos em geral (governistas e opositores) mudarem as regras do jogo de forma a dificultar a eleição daqueles que não exercam atualmente um mandato político.

Nesse sentido, a função do Tribunal Constitucional também é majoritária. Sua função, em termos mais abstratos, é proteger o “sistema político” dos próprios “políticos”. Ou seja, garantir que o processo eleitoral seja capaz de efetivamente representar a vontade da maioria.

Nesse caso, o veto do Tribunal Constitucional é funcionalmente similar ao poder de veto de uma minoria parlamentar – em casos em que se exige super-maiorias para alterar o processo legislativo; ou ao poder de uma Comissão Eleitoral independente de controlar o próprio processo legislativo.

Na terceira hipótese, a função do Tribunal Constitucional é proteger maiorias políticas de si mesmas. Maiorias legislativas, cientes dos incentivos perniciosos existentes no sistema eleitoral para que legisladores se comportem de maneira imediatista, pondo assim em risco valores fundamentais ou objetivos de longo prazo, teriam criado mecanismos para limitar a si mesmas.

Nesse sentido, a função do Tribunal Constitucional também é, em certo sentido, majoritária e, em certo sentido, contra-majoritária. Sua função, em termos mais abstratos, é proteger o “povo” de si mesmo, vetando decisões de uma maioria legislativa em nome de auto-limitações desenhadas para preservar interesses superiores dessa mesma maioria. Ou, em termos metafóricos, sua função aqui é proteger



---

Ulisses do canto das sereias[3].

Nesse caso, o veto de um Tribunal Constitucional é funcionalmente similar ao veto de uma segunda câmara legislativa, eleita de maneira independente da primeira (como, por exemplo, o Senado)[4]. Em ambos os casos uma instituição composta por membros proeminentes da comunidade política e independente dos perigosos estímulos eleitorais imediatistas limita uma maioria legislativa em nome de sua maior “sobriedade”. [5]

Na quarta hipótese, a função do Tribunal Constitucional é proteger minorias (étnicas, de gênero, sexuais, religiosas, regionais, linguísticas etc.) de majorias políticas.[6] Nesse caso não há dúvidas sobre a capacidade do sistema eleitoral representar adequadamente a vontade da maioria dos eleitores. A questão é outra. Se trata de estabelecer limites para o que tais majorias podem legitimamente fazer.

Nesse sentido, a função do Tribunal Constitucional é propriamente contra-majoritária. Sua função, em termos mais abstratos, é legitimada por uma teoria democrática que não se limita à “regra da maioria”. Não se trata – como nos casos anteriores – de garantir que vontade majoritária se expresse substantivamente, mas sim de efetivar uma concepção de democracia que inclui limites substantivos ao poder majoritário.

Nesse caso, o veto do Tribunal Constitucional é similar ao poder de veto de uma minoria legislativa; seja o veto de uma minoria de senadores – quando esses são representantes de minorias regionalmente concentradas em unidades federativas; seja o veto de uma minoria de parlamentares – quando se exige super-majorias legislativas para aprovar legislação que afete certos interesses minoritários.

É importante ter em mente que não se trata aqui simplesmente de um debate abstrato entre diferentes constitucionalistas e teóricos da democracia. Essas diversas concepções sobre a função precípua de um Tribunal Constitucional se materializam em escolhas políticas distintas quanto ao desenho institucional das diferentes democracias constitucionais em existência.

Assim, conforme já dito acima, diferentes modelos quanto à nomeação de ministros para Tribunais Constitucionais serão mais ou menos adequados para algum desses diversos fins específicos, dependendo também das diversas situações concretas.

## II. Diferentes situações

Uma opinião concreta sobre a adequação dos diferentes métodos de nomeação de membros de Tribunais Constitucionais depende da resposta de duas perguntas: (i) O que se quer desse Tribunal? (ii) Em que ambiente institucional ele deverá funcionar?

Em relação a essa segunda pergunta, é preciso considerar: (a) Quais os defeitos que diferentes desenhos institucionais apresentam, e de que maneira um Tribunal Constitucional pode minimizá-los; (b) Se há outros mecanismos institucionais com funções semelhantes àquelas desempenhadas pelo Tribunal Constitucional, e de que maneira um Tribunal as complementa ou prejudica.

Assim, como o Tribunal Constitucional representa um ponto de veto no sistema político é importante ter em mente como ele se relaciona com outros pontos de veto existentes. Conforme já explicado, considerando-se outros mecanismos institucionais capazes de desempenhar funções análogas à cada uma



das quatro potenciais funções de um Tribunal Constitucional descritas acima, a existência de um desses outros mecanismos deve ser levada em conta.

Isso porque, diante de um outro instrumento que realize uma dessas funções eficientemente, pode-se considerar desnecessário que um Tribunal Constitucional realize essa mesma função. E mesmo que se considere necessário a existência de dois vetos independentes relativos ao mesmo objetivo, sua existência torna fundamental considerar como um poderá afetar o funcionamento do outro.

Em termos mais concretos, a função de um Tribunal Constitucional pode ser diferente em um Estado unitário com um sistema parlamentarista unicameral – em que o Tribunal seja talvez o único ponto de veto no sistema –, do que em um Estado federado com um sistema presidencialista bicameral com um Senado forte – em que o Tribunal é mais um ponto de veto dentre outros existentes.

Além disso, ainda em relação à influência de situações concretas nas decisões relativas ao desenho institucional de um Tribunal Constitucional, sendo ele geralmente composto por representantes da cultura jurídica de um país, é essencial considerar qual o seu estado real.

Assim, caso se imagine que o Tribunal será composto por representantes da academia, do judiciário, da advocacia privada, da advocacia pública e/ou do ministério público, é essencial considerar as efetivas características de cada um desses grupos em um determinado país, tanto quanto a sua formação, quanto ao seu comprometimento com a ordem constitucional vigente. E, diante desse diagnóstico, desenhar mecanismos capazes de selecionar os elementos mais adequados para realizar uma ou mais das diferentes funções constitucionais detalhadas acima.

### III. Mecanismos de seleção

Apenas após todas as considerações “funcionais” e “situacionais” já tecidas, é possível passar a efetivamente discutir com propriedade os diversos mecanismos para a nomeação de membros de Tribunais Constitucionais.

Quanto a isso, o importante é perceber que, qualquer que seja o processo escolhido, há sempre, independente da função precípua de um Tribunal Constitucional e do ambiente institucional em que ele se localiza, uma tensão entre mecanismos institucionais que possibilitem o isolamento do Tribunal em relação ao sistema político, e mecanismos institucionais que possibilitem uma maior permeabilidade do Tribunal em relação ao sistema político. São os tipos de mecanismos e o balanço entre mecanismos desses dois tipos que podem ser mais ou menos adequados às funções e às realidades institucionais em questão.

De maneira geral, conforme Tom Ginsburg<sup>[7]</sup>, os diferentes mecanismos de nomeação podem ser classificados como: (i) cooperativos, (ii) representativos, (iii) ou profissionais.

Mecanismos de nomeação “cooperativos” requerem a participação de duas (ou mais) instituições diferentes. De tal forma, utilizam-se os freios e contrapesos presentes em um sistema de separação de poderes para evitar que uma maioria política eventual que tenha sido capaz de capturar apenas uma das diferentes instituições seja capaz de determinar individualmente a composição do Tribunal Constitucional.



Esse é, por exemplo, o modelo adotado pelos Estados Unidos (no qual o sistema Brasileiro se baseou), em que a nomeação cabe ao presidente, mas depende de aprovação do Senado Federal. Importante notar que, nessa caso específico, em vista da função de representação federativa do Senado, há ainda uma potencial influência desse outro fator na nomeação.

Mecanismos de nomeação “representativos” atribuem a diversas instituições o poder de nomear alguns membros do Tribunal Constitucional. Nesse caso, em vez de utilizar a separação de poderes para garantir que um membro seja aceitável por mais de uma instituição política, o que se faz é permitir que cada uma delas tenha total autonomia para indicar um ou mais membros que “representem” seus interesses.

Esse é, por exemplo, o modelo adotado na Itália, em que um terço do Tribunal Constitucional é nomeado pelo presidente da república, um terço pelo parlamento e um terço pela magistratura. Uma outra variação desse modelo é adotado pela Alemanha, em que cada uma das duas câmaras legislativas nomeia metade dos membros do Tribunal. Nesse segundo caso, a exigência de super-maioria para a nomeação levou, no entanto, a uma dinâmica em que, de fato, cada um dos principais partidos políticos nomeia alternadamente um membro do Tribunal.

Quanto a isso, mecanismos de nomeação que exijam super-maiorias legislativas tendem a evitar candidatos mais radicais, uma vez que permitem que a oposição tenha um poder de veto sobre a nomeação[8]. Além disso, tendo em vista a possibilidade de minorias parlamentares representarem minorias (étnicas, de gênero, sexuais, religiosas, regionais, linguísticas etc.), há aí a possibilidade de que esses grupos tenham maior influência na escolha dos membros do Tribunal.

Por fim, mecanismos de nomeação “profissionais” permitem que o próprio judiciário nomeie os membros do Tribunal Constitucional. Assim, os valores privilegiados são o profissionalismo jurídico e o isolamento completo do sistema político. Nesse caso, o mecanismo de controle político seria apenas a ameaça de que, caso os nomeados sejam particularmente polêmicos ou incompetentes, o Legislativo e o Executivo poderiam usar seus poderes para alterar o modelo de nomeação.

Esse é, por exemplo, o modelo adotado pela Índia desde o julgamento de *Supreme Court Advocates-on Record Association vs. Union of India* (1993) (“the Second Judges Case”), em que se decidiu que a indicação feita pelo Tribunal (realizada atualmente pelo presidente da corte e os quatro membros mais antigos) ao presidente do país o vincula, tornando-o meramente um chancelador da nomeação.

Mecanismos “profissionais” de nomeação tendem a ser criticados pelo seu corporativismo e seu exagerado isolamento do sistema democrático. Exatamente por esse motivo o atual governo Indiano propôs uma reforma do atual sistema, que será substituído por um comissão de seis membros, formada pelo presidente e dois outros ministros do Tribunal, duas personalidades eminentes, e o ministro da justiça[9].

De tal forma, os diversos mecanismos “cooperativos”, “representativos” e “profissionais” de nomeação ilustram concretamente a afirmação de que não existe um modelo adequado em abstrato, mas apenas modelos mais ou menos adequados *para* algum fim específico, *em* alguma situação concreta.

Por fim, é importante salientar que há muito a ser aprendido sobre uma ordem constitucional fazendo-se



---

o caminho inverso: partindo-se do mecanismo de seleção existente, para se chegar a uma concepção sobre qual a função específica de um Tribunal Constitucional.

Uma vez que escolhas sobre mecanismos de composição de Tribunais Constitucionais não são escolhas triviais, mas decisões políticas conscientes, uma análise dos prós e contras de um determinado mecanismo escolhido por uma determinada Constituição tem muito a revelar sobre quais eram os males que os constituintes pretendiam evitar, e qual a função política por eles atribuída ao Tribunal Constitucional.

Assim, diante das diversas propostas de revisão desse mecanismo que aparecem de tempos em tempos, é importante considerar: em nome de que interesses elas são realizadas e se elas não trazem consigo mudanças fundamentais na própria capacidade do Tribunal desempenhar as funções para a qual ele foi criado.

*?Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC ([www.idp.edu.br/observatorio](http://www.idp.edu.br/observatorio)).*

[1] Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (1991).

[2] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980).

[3] Famosa metáfora explorada com profundidade em John Elster, *Ulysses Unbound* (2000).

[4] Importante notar que, em uma federação, o Senado também pode ter a função de representar interesses das unidades federativas.

[5] Sobre a idéia de um “sober second thought”, ver Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962), p. 26.

[6] Uma idéia já presente em Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835).

[7] Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (2003), pp. 42-49.

[8] Dennis C. Mueller, *Constitutional Democracy* (1996), p. 281.

[9] “Six-member National Judicial Commission to select judges for higher courts” (<http://www.thehindu.com/news/national/sixmember-national-judicial-commission-to-select-judges-for-higher-courts/article6313474.ece?ref=relatedNews>).

**Date Created**

22/11/2014