

## **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS: uma análise do processo de escolha dos membros das supremas cortes.**

Mateus Vieira de Sales<sup>1</sup>  
Wesley W. Passos F. de Souza<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objeto principal fazer uma análise do processo de escolha para os membros do Supremo Tribunal Federal, comparando-o com outros métodos de indicações existentes. Esta análise é alicerçada no questionamento se o órgão ao qual é incumbida essa função, Presidente da República, Parlamento ou os próprios membros da Corte, variando de acordo com os Estados estudados, poderão influenciar nas decisões dos escolhidos durante sua carreira, em outras palavras, a pergunta que se apresenta como eixo da pesquisa indaga a respeito da maior ou menor independência dos membros das cortes supremas a depender da forma com a qual são eles indicados e empossados nos cargos. Nessa linha de pensamento, o artigo caminha no sentido de que a maior participação da sociedade no processo de escolha encaminha-se como sendo a forma de controle prévio de eventuais desvios e como garantia relativa de independência, bem como sistema legitimador das decisões futuras. Em busca de checar a validade das premissas fruto de uma abdução inicial, foram averiguados alguns critérios, como: órgão responsável pela indicação, tipo de votação: simples ou qualificada, período em que o Ministro permanece no cargo e o sistema político ao qual o país é submetido. Utilizou-se para esta pesquisa de fonte indireta, valendo-se da pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se com esse trabalho que todos os modelos estudados são adequados ao regime democrático, todavia o brasileiro apresenta um déficit de participação direta da sociedade no processo de escolha dos membros das supremas cortes analisadas se comparado com os demais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal; processo de escolha; influenciar; cortes; critérios.

### **ABSTRACT**

The main purpose of this article is to analyze the selection process for the members of the Supreme Court, comparing it with other methods of existing indications. This analysis is based on the question whether the body to which this function is entrusted, President of the Republic, Parliament or the members of the Court themselves, varying according to the States studied, may influence the decisions of those chosen during their career, in other words, the question that is presented as the axis of the research asks about the greater or lesser independence of the

---

1 Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale).

2 Doutorando em Ciências da Comunicação pela UNISINOS. Mestre em Direito e Instituições Políticas pela FUMEC-BH. Graduado em Ciências Militares com ênfase em Segurança Pública no Curso de Formação de Oficiais - Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1995). Professor de Direito Processual na Escola Superior Dom Helder Câmara e de Direito Constitucional na Fadivale. Magistrado Federal - Tribunal Regional Federal da Primeira Região desde 2002, tendo atuado como Promotor de Justiça em Minas Gerais entre 1998 e 2002 e como Oficial da PMMG entre 1994 e 1998. Dedicou-se à pesquisa nas áreas do Direito Processual Penal, Direito Constitucional, Direito Previdenciário e proteção ao consumidor, bem como das mudanças na visibilidade do Poder Judiciário na sociedade em midiatização e regulamentação do audiovisual brasileiro.

members of the supreme courts depending on the way in which they are appointed and sworn in the positions. In this line of thinking, the article goes in the sense that the greater participation of society in the selection process is directed as the form of previous control of possible deviations and as a relative guarantee of independence, as well as a legitimizing system of future decisions. In order to verify the validity of the premises resulting from an initial abduction, some criteria were investigated, such as: body responsible for the nomination, type of vote: simple or qualified, period in which the Minister remains in office and the political system to which the country is submitted. It was used for this research of indirect source, using bibliographic and documentary research. It is concluded with this work that all the models studied are adequate to the democratic regime, however the Brazilian has a deficit of direct participation of society in the process of choosing the members of the supreme courts analyzed when compared to the others.

**KEYWORDS:** Federal Supreme Court; process of choice; influence; courts; criteria.

## **SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO. 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO STF. 2.1 HISTÓRICO DO STF NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 2.1.1 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1891. 2.1.1 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1934. 2.1.3 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1937. 2.1.4 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1946. 2.1.5 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1967. 2.1.6 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1988. 3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E PARTICIPATIVA. 4 O PROCESSO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 4.1 SISTEMA DE ESCOLHA E INDICAÇÃO. 4.2 REQUISITOS PARA ASSUNÇÃO DO CARGO DE MINISTROS DO STF. 4.2.1 Do notável saber jurídico e da reputação ilibada. 4.3 DAS SABATINAS. 4.4 DO CRITÉRIO PARA ESCOLHA DO MEMBRO DO STF. 4.5 O CAMINHO ATÉ A SABATINA – MAKING OF. 4.6 O MOTIVO DAS INDICAÇÕES DE FHC E LULA. 5 ESTRATÉGIAS CAPAZES DE AMPLIAR O CARÁTER DEMOCRÁTICO DE MAGISTRADOS PARA A SUPREMA CORTE BRASILEIRA. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS. ANEXOS.**

## **1 INTRODUÇÃO**

Este trabalho de pesquisa tem por objeto o procedimento de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro e de Tribunais Constitucionais existentes em nações que são relacionadas com as bases jurídicas ocidentais. A análise visou colocar em foco o caráter jurídico-político dos critérios eleitos para Constituição da República Federativa do Brasil para a formação da mais alta corte de Justiça Nacional, a qual, como se sabe, cumpre dentre diversas funções o papel de interpretar em caráter final a própria Lei Maior.

Quando se pretende abordar o papel das Cortes na jurisdição constitucional não é possível deixar de tangenciar o debate sobre quem deve ser o guardião da

Constituição inaugurado na primeira metade do século passado por Carl Schmitt e Hans Kelsen. O autor alemão e o austríaco se debruçaram sobre qual dos poderes da nação seria incumbido de ser o intérprete final do Texto Constitucional e o exercente do controle sobre os atos dos demais poderes fundados na Carta Política fundamental.

Um ponto importante para entendermos o cerne da discussão é a visão que ambos os autores tinham sobre o que é a Constituição. Schmitt entendia que Constituição seria a decisão política fundamental da nação, sendo política, seria uma decisão amparada na vontade do povo, ou pelo menos, da maioria dos cidadãos com capacidade para participar da vida pública do país.

Kelsen, por sua vez, entendia que Constituição é norma que integra o ordenamento jurídico do país. Mas tal ordenamento seria piramidal, ou seja, haveria hierarquização de umas normas sobre normas e a Constituição estaria no ponto mais alto deste sistema, servindo de fundamento e parâmetro de controle para todas as demais normas e decisões.

Se para Schmitt a Constituição era fruto do poder constituinte unitário, esse poder, na sua perspectiva deveria ser neutro a ponto de equilibrar a balançados poderes do Estado. Portanto, na visão de Schmitt, se a Constituição advinha da vontade do povo, não restaria outra pessoa, senão o Presidente do Reich para ser o protetor da Carta Magna, a premissa maior estabelecida era: O Presidente é eleito pelo povo e a Lei Maior é fruto da vontade do povo, logo, nada mais justo que o Presidente Reich ser o guardião, o intérprete final desta decisão política fundamental.

Contrapondo a ideia de Schmitt, Kelsen entendia que a Constituição, como norma fundamental e suprema do Estado, serviria para limitar e controlar os poderes (ela teria essa como uma de suas funções primordiais). Dessa forma, como poderia ser o guardião da Constituição aquele cuja atuação a própria Constituição fora criada para limitar? Kelsen então preconiza o controle de constitucionalidade, como forma de aferição da validade dos atos dos poderes constituídos em face do Texto Maior, daí a ideia de que, para ele, quem deveria ser o guardião da Norma Fundamental seria um Tribunal, isento e equidistante dos assuntos da pólis, livre pois para fazer as escolhas que um agente político eleito não poderia assumir, sob pena de colocar em risco sua popularidade.

É preciso deixar claro desde logo que no Brasil não temos de fato um Tribunal Constitucional e sim uma Suprema Corte, isso porque o tribunal sediado em Brasília-DF, composto de onze membros, não tem apenas a função de dirimir conflitos relacionados com a interpretação constitucional, mas também e muito enfaticamente a função de servir como última instância em diversos temas, alguns inclusive com a permissão para revolvimento de matéria fático probatória. Assim, podemos classificar o Supremo Tribunal Federal (STF) como um tribunal misto, tendo em vista que exerce não só a jurisdição constitucional, mas também atividades de instância revisora e até mesmo de primeira instância de julgamento de certos temas.

Analisando o contexto histórico e político do momento em que foi debatido o assunto no século XX, poderíamos dizer que Carl Schmitt teria se sagrado o ganhador do debate, contudo, a teoria de Kelsen, com o decorrer do tempo, ganhou força e se estabeleceu, sendo de fato o vencedor do embate, pois, sua tese de controle de constitucionalidade fora abraçada pela maioria dos Tribunais.

Se levarmos em conta a ordem jurídica brasileira instituída em 1988 poderemos dizer que as teses de ambos os autores encontraram algum amparo em nossas terras. É que o STF tem seus membros indicados pelo Presidente da República, assim, ainda que se trate de um tribunal, a legitimação popular reclamada por Schmitt pode ser reconhecida no fato de que o dignitário maior da nação também participa na indicação daqueles que terão a responsabilidade julgar os temas que afetam a comunidade como um todo. Ou seja, embora propriamente seja a Suprema Corte a guardiã da Constituição (Kelsen), a escolha é atribuída ao Presidente (Schmitt) que indiretamente e preventivamente faz esse controle no momento da indicação, sendo, mesmo que de forma indireta um guardião da Constituição.

A pesquisa que desenvolvemos terá exatamente como base a problemática sobre o processo de indicação dos membros da Suprema Corte, sob os aspectos já apontados, torna-se qualificadamente mais democrático, no sentido de ter uma participação mais ativa da sociedade e eficaz em comparação a outras grandes Cortes. A verificação desse pressuposto base é importante na medida em que é verificado o grau de autonomia dos ministros em suas decisões, evitando os “conchavos” ou “jogos políticos”.

No contexto político das Cortes analisadas, seria extrema pretensão desta pesquisa apontar um modelo “mais democrático”, tendo em vista que todos os processos de escolha analisados são legítimos em seus Estados, alguns com aceitação e confiança de grande parte do povo. O que se nota é que cada País, a partir de sua estrutura política e jurídica indica seus membros com peculiaridades ligadas a esses fatores, assim, temos indicações para as Cortes com mais ou menos participação da sociedade. Essa conclusão foi possível através de comparações entre os modelos das Cortes Supremas da Alemanha, Estados Unidos e França.

Consequentemente, por meio dos estudos objetiva-se encontrar estratégias capazes de ampliar o caráter democrático da escolha dos Ministros do STF.

A relevância do tema está no fato de que, sendo o judiciário um dos poderes do Estado, se faz necessário analisar o critério de indicação dos seus integrantes, pois suas decisões impactam de forma direta e indireta toda a sociedade.

Ademais, a metodologia utilizada na elaboração da pesquisa partiu da identificação de Cortes em que seria possível fazer uma comparação nos processos de escolha, analisando, conjuntamente, os modelos políticos adotados e a estrutura jurídica do Estado, com esse método chegou-se a três Cortes, a saber: a alemã, a americana e a francesa.

A escolha do Tribunal Federal Constitucional Alemão decorreu da verificação de que o processo de indicação dos seus membros é feito pelo Parlamento e homologado pelo Presidente da República sendo, portanto, contraposto ao modelo adotado no Brasil. No que concerne a Suprema Corte Americana a escolha se baseou no fato que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é derivado do norte-americano, assim buscou-se na pesquisa verificar se o fato de ter o mesmo modelo de indicação faz com que algum viés ideológico seja percebido na formação da composição das duas Cortes. Por fim, o modelo francês foi escolhido por ser o mais distinto entre os três que são objetos do trabalho e permitir uma análise mais aprofundada se este poderia ser o sistema de escolha mais adequado comparado entre as Cortes.

Convém registrar que, optamos ao final por colocar este estudo comparado em anexo ao trabalho, a fim de garantir observância aos limites necessários à eventual publicação deste artigo.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Desde sua criação até os dias de hoje o STF não manteve sua atuação de forma linear. A “Suprema Corte” passou a ser chamada de Supremo Tribunal Federal em 1890, através do decreto nº 848 de 11 de outubro, o qual foi ratificado pela Constituição de 1891 em seus artigos 55 e 56. Silva e Paes (2017) aludem que a Corte atuava tão somente como extensão do Poder Executivo, julgando, precipuamente, questões de Estado, a fim de dar maior legitimidade à atuação do Poder Executivo. Consegue-se perceber a pertinência de tal afirmativa quando se observa que o primeiro presidente do Supremo Tribunal Federal foi João Antônio de Araújo Freitas Henriques, que atuou como Delegado Suplente de Polícia e Juiz Municipal Suplente de São Salvador, além de ser filiado ao partido Conservador, mesmo partido do Presidente Manuel Deodoro da Fonseca que também era militar e o indicou ao cargo de Ministro do STF, juntamente com mais quatorze membros.

Porém, não é exclusividade do tribunal brasileiro ter iniciado sua trajetória com pouca autonomia e como base de sustentação para atuação de outros poderes. Tal como ocorrera no Brasil, assim também o foi na França, nesse sentido narra Cardinali (2017, p. 573) que “o Conselho (francês) foi imaginado como um ‘auxiliar do Executivo’, ou, em expressão menos elogiosa, ‘seu cão de guarda’.”

Embora a Corte Suprema brasileira tenha sido criada em 1890 com a conjuntura e estruturação que se tem até hoje, tendo apenas sofrido algumas alterações em relação à designação e à composição de seus membros, há resquícios mais antigos de uma Corte Superior no Brasil.

Explorando a história do STF, voltando-se aos remotos tempos de 1808, em que o Brasil recebia a então corte portuguesa, em fuga do iminente ataque de Napoleão Bonaparte, o príncipe regente do Brasil criou a Corte de Suplicação do Brasil, por meio de um alvará no dia 10 de maio de 1808 (IDUNA WEINERT, 1976), que dispunha da seguinte forma,

I – A Relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. Eterão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa. [...]. (STF, 2018, p. 2).

Tal disposição só ocorreu devido a falta de praticidade em enviar os recursos (agravos ordinários e apelações) para Lisboa.

Passados alguns anos, mais precisamente em 1824, criou-se o Supremo Tribunal de Justiça, através da carta imperial, que trazia a seguinte redação em seu Art. 163,

Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título de Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles que se houverem de abolir (STF, 2018, p. 2).

O Supremo Tribunal de Justiça era composto por 17 membros e ficou instalado de 09/01/1829 a 27/02/1891, sendo, posteriormente, substituído pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta data (1891) não foi apenas o ano de criação do STF, que tem como berço o modelo constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Fora também um ano de grande importância para o surgimento de um Estado democrático de Direito, em que o Brasil na mesma constituição que cria o STF, deixa de ser uma Monarquia, adotando a Forma de Governo Republicana, deixando assim um Estado Unitário para compor-se uma Forma de Estado Federativa (ABRÃO, 2014).

A mudança radical que ocorrera no Brasil no ano de 1891, mudara por completo a forma de atuação do STF, pois, anteriormente, o guardião da constituição era o legislativo sob a égide da constituição de 1824, nesse sentido Abrão (2014, p. 3) “O direito brasileiro na ocasião, sofrendo forte influência dos sistemas europeus, atribuiu, ao Poder Legislativo, a guarda da Constituição”. Não podendo desta forma, desprezar a importância que a constituição de 1891 trouxe para atuação da Corte.

O STF em sua gênese, era um órgão bastante limitado nas suas atuações, devido à forte influência que ainda sofria do poder Executivo da época, nessa mesma linha de raciocínio Silva e Paes (2017, p. 4-5, grifo nosso):

[...] embora não tenha passado por grandes mudanças estruturais, o Supremo Tribunal Federal, por vezes no decorrer de sua história teve que passar por diversas mudanças de postura, com isso pode-se dizer que a história do STF, é recheada de momentos de avanços e recuos, **bastante conectados com a questão política e atuação do Poder Executivo, invadindo a esfera de competência do tribunal.**

Assim, pode-se perceber que embora criado, o STF não era dotado de plena autonomia, que fora efetivamente conseguida através da Magna Carta de 1988, nesse sentido:

Essa autonomia do Poder Judiciário só irá se completar, com a Constituição Federal de 1988, que aumentou a competência os poderes do Supremo Tribunal Federal, e possibilitou maior independência deste dos demais poderes [...] (SILVA e PAES, 2017, p. 5-6).

Logo, só depois da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o STF pôde atuar de forma mais “livre”, sendo a suprema corte deste país. Nota-se que a palavra livre está entre aspas, trazendo a ideia de que a Suprema Corte atuava de forma autônoma perante os demais poderes, todavia restrita aos mandamentos constitucionais, aos quais se deve toda obediência.

## 2.1 HISTÓRICO DO STF NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

### 2.1.1 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1891

A constituição de 1891 foi a primeira a estabelecer o STF nos moldes de hoje, não exatamente como se tem neste tempo, mas sua estrutura a partir de então passa a ganhar as características atuais. Fora estabelecido que a Corte contaria com um número de dezesseis ministros, indicados pelo Presidente da República e

aprovados pelo Senado Federal<sup>3</sup>, após uma sabatina, por maioria simples. Para figurar como escolha do presidente, o magistrado teria que ser cidadão de notável saber e reputação ilibada, além de ser elegível para o Senado.

### **2.1.2 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1934**

Após os avanços tidos na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891), a corte caminhou no sentido de estabelecer maiores requisitos para a entrada de novos membros<sup>4</sup>, impondo um limite de idade mínima entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos e máximo de setenta e cinco anos para a permanência no cargo.

A então Constituição da República de 1934 estabeleceu uma nova quantidade de membros, com redução para onze integrantes (podendo chegar a dezesseis por previsão legal), além de alterar o nome do órgão para Corte Suprema. Também inaugurou a era do notável saber jurídico, que na constituição anterior, de 1891 só mencionava notável saber, o que acarretou numa indicação, tanto quanto inusitada do médico Barata Ribeiro, que exerceu o mandato de um ano, após sendo seu nome rejeitado pelo Senado Federal, por entender que o notável saber, por lógica, haveria de ser jurídico.

### **2.1.3 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1937**

Na Constituição de 1937 não houve grandes mudanças<sup>5</sup>, excetuando-se e a volta a antiga nomenclatura (Supremo Tribunal Federal) e alteração da idade limite para investidura no cargo que deixou de ser sessenta e cinco anos e passou a ser

---

3 CR de 1891. Art 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. Na ausência do Congresso, designá-los-á em comissão até que o Senado se pronuncie;

4 CR/1934. Art 74 - Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade.

5 CR/1937. Art 97 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.

Parágrafo único - Sob proposta do Supremo Tribunal Federal, pode o número de Ministros ser elevado por lei até dezesseis, vedada, em qualquer caso, a sua redução.

de cinquenta e oito anos.<sup>6</sup> Este mesmo dispositivo dispunha que a aprovação desses membros passava a ser do Conselho Federal. Tal órgão era composto por dois membros de cada Estado e do Distrito Federal que seriam eleitos por sufrágio direto para um mandato de seis anos.

#### **2.1.4 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1946**

Com o fim da era Vargas, inicia-se um novo período de normalidade democrática no país, o que ensejou a criação da Constituição de 1946, a qual trouxe novamente algumas premissas já elencadas na CF/1891. O art. 98 da CR de 1946 inicialmente manteve a quantidade de membros em onze, porém com a promulgação do Ato Institucional 02, esse número passou para dezesseis." Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de onze Ministros. Esse número, mediante proposta do próprio Tribunal, poderá ser elevado por lei".

Já o art. 99<sup>7</sup> trouxe de volta o Senado Federal para atuar como órgão limitador das indicações do Presidente da República no que tangia aos magistrados da corte suprema, estabelecendo uma aprovação simples para investidura no cargo de ministro do STF.

Por fim, o limite em que o magistrado poderia permanecer no cargo foi fixado em setenta anos de idade, o que perdurou até a promulgação da emenda constitucional 88 de 2015, através da qual a aposentadoria compulsória dos Ministros do STF retornou ao patamar de 75 anos de idade.

#### **2.1.5 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1967**

---

6 CR/1937. art 98 - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter menos de trinta e cinco, nem mais de cinquenta e oito anos de idade.

7 CR de 1946. Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.(RedaçãodadapeloAtoInstitucional nº 2)

Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma.(IncluídopeloAtoInstitucionalnº2)

Art 99 - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros (art. 129, nº<sup>o</sup> s I e II), maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Durante o período militar foi instituída mais uma constituição que alterou o número de componentes do STF, passando a prever dezesseis ministros. Tal número foi modificado dois anos depois pelo Ato Institucional número 06, que retornou a composição para onze.

No mais, nenhuma outra alteração significativa foi estabelecida quanto à forma de acesso à Corte Suprema no período de Regime Militar.

### **2.1.5 Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1988**

A constituição de 1988 trouxe em seu contexto o que já vinha sendo construído ao longo dos anos nas constituições anteriores. Quanto ao número de membros, permaneceu a ideia de que a corte deveria funcionar com onze ministros que seriam apontados de forma livre pelo Presidente da República, desde que atendessem os pré-requisitos (notável saber jurídico e reputação ilibada). Os candidatos seriam sabatinados pelo órgão controlador das indicações, o Senado Federal.

O que fora estabelecido nesta constituição que em nenhuma outra havia sido especulado é que a aprovação dos ministros deixaria de se dar por maioria simples e passaria a exigir um quórum de maioria absoluta, o que traria maior efetividade na participação do Poder Legislativo neste processo de escolha. Outro ponto importante na Constituição atual, foi o fato de manter o limite de idade para investidura no cargo de trinta e cinco anos e após a emenda 88 de 2015 um limite máximo para a permanência no cargo de setenta e cinco anos de idade, após isso sendo aposentado compulsoriamente.

## **3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E PARTICIPATIVA**

Após o aspecto introdutório a respeito do processo histórico do STF e antes de entrarmos no assunto principal deste artigo, é de suma importância destacarmos um tópico desse trabalho para elucidar alguns pontos sobre a democracia representativa e a participativa. A importância do assunto se apresenta no fato de as indicações para os cargos serem feitas de forma política, logo, os órgãos incumbidos de indicar e de homologar as indicações são eleitos e a partir dessa ideia vamos ao

encontro de uma das críticas do tema que é a falta de participação da sociedade na escolha dos membros da suprema corte.

Porém, antes de conceituarmos o que seria democracia representativa e democracia participativa, perpassaremos ao campo da democracia propriamente dita e o que se entende por ela.

Considera-se democracia um conceito aberto, o qual não comporta uma única forma de definição, aparecendo, dentre elas, a famosa frase “o governo do povo para o povo e pelo povo”. Partindo dessa premissa, podemos entender que democracia é um regime de governo que permite que o povo faça parte do sistema político a qual é submetido, elegendo para tanto seus representantes.

Coadunando com o que foi exposto temos Silva (*apud* MACEDO, 2008, p. 2-3) que aduz ser democracia “um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”. Por esse trecho, já nos indica que os temas estão ligados, pois, além de conceituar democracia ele coloca as formas como essa democracia pode ser exercida.

A Constituição de 1988 acolhe o regime democrático no país, em seu art. 1º ao dizer que constituímos um Estado Democrático de Direito, mas o que vem a ser esse Estado? O Estado Democrático de Direito é o que legitima a participação efetiva do povo na construção das leis que os governam. Nesse sentido,

Este se funda no princípio da soberania popular, que “impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”. Visa, assim, realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. [...] concepção mais recente do Estado democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção (SILVA, 1998, p. 6-7).

Dito isto, torna-se perceptível que os cidadãos além da escolha daqueles que irão representá-los tem o direito ao efetivo controle e participação nos atos do Estado, como meio de garantir melhores rumos ao seu país.

O direito de participação representativa é o exercido de dois em dois anos em nosso país, ele se dá pelo voto, que é o modo de realização do sufrágio, nessa linha de raciocínio, Macedo (2008, p. 03), conceitua democracia representativa como sendo “aquela em que o povo, fonte primária do poder, elege representantes, periodicamente, para tomar as decisões políticas.”

A democracia representativa padece de problemas.

O ato que caracteriza a representatividade é a eleição, porém a representatividade, em alguma medida, se exaure neste ato de escolha, pois a partir da formação do grupo de sujeitos que irá realizar a tomada de decisão sobre os assuntos de interesse da coletividade, o indivíduo perde a capacidade de decidir diretamente e tem bastante distante a capacidade de controlar efetivamente as decisões dos escolhidos. Nessa mesma esteira,

A grande crítica à democracia representativa está relacionada à legitimidade. É o que se denomina de crise de legitimidade. Observa-se que, no Brasil, os representantes, após eleitos, não se mantêm vinculados aos seus eleitores nem aos compromissos com eles assumidos. Normalmente se desvinculam dos representados logo que são eleitos. Mas não se deve esquecer que a democracia representativa é a democracia liberal, que em nenhum momento previu uma democracia de efetiva participação. O Estado é governado por uma elite “mais preparada” e apenas formalmente ratificada pelo povo (MACEDO, 2008, p. 4).

A fim de suprir, mesmo que parcialmente, os déficits existentes no sistema representativo, o cenário político institucional criou mecanismos de participação direta do povo nas decisões comunitárias.

Na chamada democracia participativa, os institutos do plebiscito, referendo, a iniciativa popular de lei, bem como os orçamentos participativos, a ação popular, a intervenção como *amicus curiae*, as audiências públicas e mesmo a instituição do Júri possibilitam uma intervenção não mediada dos cidadãos nos temas comunitários. Porém, mesmo estas oportunidades estão submetidas à palavra final dos eleitos. Logo, embora mais qualificadas sob o prisma da legitimação as decisões advindas do sistema participativo, ainda assim, devido à complexidade da vida cotidiana, permitem pouca possibilidade de intervenção do povo no produto final da atividade dos poderes constituídos.

Conceituando o que foi exposto, Macedo (2008, p. 5) diz que:

Democracia participativa compreende uma participação universal, com todas as formas e mecanismos que existirem e que forem criados para ampliar os espaços de participação da sociedade nas decisões políticas e nos atos da administração pública.

Pode-se perceber que o Brasil adotou a democracia participativa, também conhecida como semidireta, ao passo que o cidadão escolhe seu representante e tem mecanismos que permitem maior participação na comunidade política, é o que está estampado no parágrafo único do art. 1º da CRFB de 1988.

Apesar de institutos de democracia participativa estarem presentes no nosso sistema constitucional, percebe-se que, na escolha dos ministros do Supremo Tribunal, a intervenção popular é inexistente.

Nem mesmo as manifestações vindas da esfera pública têm ressonância na postura dos órgãos responsáveis por ultimar o processo de nomeação dos magistrados. As críticas por mais intensas e pertinentes que sejam, são obstaculizadas por uma espécie de surdez tanto do Presidente da República como do Senado.

Neste pormenor é emblemático o fato de que a aprovação do nome indicado pelo Chefe do Executivo seja atribuída à casa congressional que tem por missão representar os interesses dos estados-membros no processo legislativo e não à casa que representa o povo. Aliás, não nos parece que a dificuldade de participação na escolha dos responsáveis pela última palavra em tema de interpretação constitucional seria menor caso fosse a Câmara de Deputados também partícipe do procedimento de verificação da indicação presidencial, haja vista que o descompasso entre a vontade popular e a vontade dos Deputados costuma ser também bastante visível na realidade brasileira.

Inobstante, não se pode deixar de ressaltar que, ainda que simbolicamente, o Senado Federal alterou seu regimento interno, para determinar que, após lido relatório sobre a indicação do futuro magistrado, este documento fosse colocado à disposição da sociedade, para uma discussão mais profunda sobre a existência dos requisitos constitucionais fosse realizada:

Alterou-se o regimento interno do Senado, de modo a alimentar o debate público a respeito dos predicativos dos nomes apontados. O novo texto estabelece que, depois de lido o relatório sobre a indicação, seja concedida vista coletiva para que senadores — e a sociedade — possam avaliar a escolha. “O portal do Senado Federal possibilitará à sociedade encaminhar informações sobre o indicado ou perguntas a ele dirigidas, inclusive quanto à necessidade de realização de audiência pública em face das informações e indagações recebidas”, prevê o regimento (RECONDO; WEBER, 2019, p. 125).

Embora exista possibilidade de participação da sociedade através de audiências públicas à respeito do tema, o que se visualiza é um processo que se perfaz no âmbito político e não há qualquer participação direta do povo na aprovação ou rejeição dos membros indicados, fato que justifica o pequeno número de rejeições.<sup>8</sup>

Atualmente, existem algumas propostas de emendas à Constituição tendentes a modificar, significativamente, o modo como o processo de indicação dos membros da Suprema Corte é feito. A de maior destaque é a última proposta, a PEC 35/2015 de autoria do Senador Lasier Martins.

A proposição tem como objetivo alterar o tempo em que os Ministros permanecem na corte, hoje não há mandato pré-determinado, sendo a aposentadoria compulsória aos 75 anos. A PEC tem como objetivo estabelecer um mandato de 10 anos. Vale ressaltar que o tempo em média que os Ministros permanecem na Corte brasileira é de 10,8 anos.

Outro ponto a ser modificado pela PEC é a forma de indicação dos ministros que deixaria de ser de livre escolha do Presidente da República e passaria a estar adstrita a uma lista tríplice formulada por um colegiado.

Este colegiado seria formado por quatro membros do poder judiciário (presidentes dos tribunais superiores), o Presidente do Tribunal de Contas, o Procurador Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos

---

<sup>8</sup> “Apenas cinco candidatos ao cargo foram até hoje-todos eles em 1894, no governo do presidente marechal Floriano Peixoto (1891-1894). Assim como a atual Constituição brasileira, a Carta de 1891, vigente à época, determinava que os nomeados ao STF fossem submetidos à aprovação do Senado, com três diferenças ao que é praticado hoje. Primeiro, o indicado assumia o cargo antes mesmo da aprovação. Segundo, o debate era em sessão secreta e não havia, necessariamente, uma sabatina. Além disso, a Constituição definia que o indicado deveria ter “notável saber”, sem especificar “notório saber jurídico”, como ocorre hoje”. (Disponível em <https://diariodegoias.com.br/so-5-candidatos-ao-stf-foram-rejeitados-pelo-senado-saiba-quando/>. Acesso em: 05 jul.2020)

Advogados do Brasil e elaboraria uma lista com três nomes, dos quais um seria indicado pelo Presidente da República.

A PEC não privilegia a inclusão da participação direta do cidadão na escolha, aliás retira ainda mais o caráter democrático do processo, eis que o entrega à sanha das corporações, sendo certo que nenhum dos integrantes do colegiado é escolhido diretamente pelo povo e, portanto, sequer tem a legitimidade para representá-lo.

O sistema proposto pela PEC se mantém representativo e não incrementa as possibilidades de intervenção cidadã na escolha dos ministros, apesar de reduzir substancialmente o poder de intervenção do Presidente da República neste tema, entregando parte dele para instituições relacionadas com o Poder Judiciário.

As PECs números 35, de 2015, e 16, de 2019, teriam tão somente a virtude de estabelecer um regramento prévio que limita um pouco a extrema discricionariedade da escolha presidencial e de estipular um mandato para os novos ministros do Supremo Tribunal, o que a nosso ver tem seu lado positivo, eis que a permanência de um magistrado por várias legislaturas no exercício da interpretação constitucional pode representar exagerado vínculo das gerações futuras com compromissos políticos que não mais são objeto do desejo da maioria.

Frise-se que a existência de mandatos em cortes superiores não seria inovação brasileira e, portanto, eventuais críticas quanto à ofensa ao princípio da separação dos poderes (em caso de aprovação da mudança) poderiam ser rechaçadas pela simples observação de que a vitaliciedade (garantia de independência da magistratura) não é previsão universal de aplicação obrigatória a todas as instâncias do Poder Judiciário<sup>9</sup>.

## **4 O PROCESSO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **4.1 SISTEMA DE ESCOLHA E INDICAÇÃO**

O sistema de indicação dos membros da Suprema Corte brasileira, por decidirem não apenas questões jurídicas como também políticas em razão de suas

---

<sup>9</sup> Quanto ao direito intertemporal e eventuais regras de transição, ambas as PECs, tiveram o cuidado de determinar sua não aplicação aos atuais Ministros do Tribunal, sendo aplicáveis suas disposições às vagas que ocorrerem a partir de sua entrada em vigor.

decisões impactarem de forma direta a sociedade, não se baseia no critério utilizado para os demais cargos da magistratura ordinária, o concurso público. Por estar no ápice do poder judiciário, ser guardião da constituição e o órgão incumbido de julgar políticos em crimes relacionados a sua função, torna-se necessário utilizar método de escolha distinto dos demais, sendo uma escolha, portanto, política.

A expressão “escolha política” não indica a ausência de apego ao viés técnico, pois também se deve atender a certos requisitos para nomeação ao cargo de membro do Supremo Tribunal Federal. Nessa linha de raciocínio Silva e Paes (2017, p. 8),

É pacífico o entendimento, de que em razão de sua natureza jurídico-política de Corte Constitucional a forma de composição do Supremo Tribunal Federal, deve ser diferenciada, dos demais órgãos do judiciário, principalmente porque muito mais do que apenas questões de Direito, estará na esfera de competência do Ministro, o julgamento do que se denomina “Questões de Estado”, em razão da enorme repercussão política que uma decisão desse colegiado possui, bem como se estará protegendo a supremacia da carta fundamental de direitos do Brasil, a Constituição Federal.

O método de escolha política dos membros do STF se mostra o mais eficaz dentre outros possíveis, tais como: ascensão direta dos magistrados de graus inferiores a Suprema Corte, isso poderia acarretar perfis indesejáveis e soluções eminentemente técnicas, quando de sorte, deveriam ser políticas-jurídicas. A eleição direta do magistrado pela sociedade também não se mostra a melhor opção pois, poderia gerar perda da imparcialidade nas decisões, além do mais, a escolha do membro seria majoritária e traria enormes problemas na defesa das minorias na sua função contramajoritária, como também poderia correr riscos em ter jogos e conchavos políticos para a eleição dos membros da cúpula do judiciário.

#### 4.2 REQUISITOS PARA ASSUNÇÃO DO CARGO DE MINISTRO DO STF

O modelo de indicação dos membros do STF, que está expresso no art. 101 da CRFB/88, e tem berço nos Estados Unidos da América, decorre da livre escolha do Presidente da República, atendendo ao critério do notório saber jurídico, reputação ilibada, idade mínima de trinta e cinco anos, máxima de 65 anos e a

condição de brasileiro nato. Após a indicação o candidato será submetido à sabatina pelo Senado Federal, uma das casas do Poder Legislativo, e, se aprovado pela maioria absoluta dos senadores, estará apto a tomar posse.

#### **4.2.1 Do notável saber jurídico e da reputação ilibada**

Sabe-se que são conceitos abertos, indeterminados e de difícil caracterização, que no decorrer dos anos nunca foram requisitos de difícil superação por parte dos postulantes a membro da Suprema Corte, salvo na vigência da Constituição de 1891, quando cinco indicações de Floriano Peixoto foram rachadas (três por não estar presente o notório saber e duas por motivos não registrados nos assentos do Senado Federal)

Notável saber jurídico é um conceito aberto que se molda ao candidato a depender da boa vontade dos avaliadores, no caso os senadores que sabatinam o escolhido. Impreciso e subjetivo, raramente o comando constitucional foi um sarrafo elevado demais para os indicados ao Supremo (RECONDO, WEBER, 2019, p.121)

A reputação ilibada deveria indicar ausência não só de antecedentes processuais (penais, civis ou administrativos) como também honradez e respeitabilidade pública. Na prática, se resume à ausência de condenações criminais.

A compreensão do que vem a ser notório saber jurídico é ainda mais tormentosa. Tratar-se ia de experiência acadêmica com publicação de artigos e obras jurídicas? Notoriedade no exercício da advocacia ou de cargo privativo de bacharel em Direito? Ou talvez a conclusão de cursos de pós graduação? A julgar pelo currículo de parte dos atuais ministros, é possível concluir que não se trata de experiência ou formação acadêmica, nem de contribuição para a ciência jurídica, mais interessando a atividade anterior do candidato, normalmente precedida de outras indicações políticas para o exercício de cargos e funções para as quais o contato com o Presidente da República ou com algum de seus correligionários se mostrou também necessário.

A análise da composição da Corte no ano de conclusão desta pesquisa pode nos ajudar a compreender como, na prática, os requisitos acima delineados são aferidos.

**Quadro 1 –Quadro sobre aprovação dos Ministros da atual composição**

NOMES	INDICAÇÃO	ANO DE PRESIDÊNCIA	VOTOS A FAVOR	VOTOS CONTRA	RESULTADO
DIAS TOFFOLI	LULA	2018-2020	58	9	APROVADO
LUÍZ FUX	DILMA	_____	68	2	APROVADO
CELSO DE MELLO	JOSÉ SARNEY	1997-1999	47	3	APROVADO
MARCO AURÉLIO	FERNANDO COLLOR	2001-2003	50	3	APROVADO
GILMAR MENDES	FERNANDO H. CARDOSO	2008-2010	57	15	APROVADO
RICARDO LEWANDOWSKI	LULA	2010-2016	63	4	APROVADO
CÁRMEN LÚCIA	LULA	2016-2018	55	1	APROVADO
ROSA WEBER	DILMA	_____	57	14	APROVADO
LUÍZ ROBERTO BARROSO	DILMA	_____	59	6	APROVADO
EDSON FACHIM	DILMA	_____	52	27	APROVADO
ALEXANDRE DE MORAIS	MICHEL TEMER	_____	55	13	APROVADO

Fonte: Autores, 2020.

O STF atualmente conta com os seguintes ministros: Dias Toffoli Presidente, Luiz Fux Vice-Presidente, Celso de Melo, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachim e Alexandre de Moraes. O Quadro 1 elucida quem indicou cada membro, os votos recebidos na sabatina do senado e a aprovação ou rejeição:

**Quadro 2 – Cargos anteriores ocupados pelos atuais Ministros do STF**

NOMES	CARGO ANTERIOR	ANO DE ATUAÇÃO	ANO DE POSSE NO STF
DIAS TOFFOLI	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO	2007-2009	2009
LUÍZ FUX	MINISTRO DO STJ	2001-2011	2011
CELSO DE MELLO	SECRETÁRIO G. CONSULTORIA G. DA REPÚBLICA	1986-1989	1989
MARCO AURÉLIO	MINISTRO DO TRT	1981-1990	1990
GILMAR MENDES	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO	2000-2002	2002
RICARDO LEWANDOWSKI	DESEMBARGADOR DO TJ/SP	1997-2006	2006
CÁRMEN LÚCIA	PROCURADORA DO ESTADO-MG	1983-2006	2006
ROSA WEBER	MINISTRA DO TST	2006-2011	2011
LUÍZ ROBERTO BARROSO	ADVOGADO	1989-2013	2013
EDSON FACHIM	ADVOGADO	1980-2015	2015
ALEXANDRE DE MORAIS	MINISTRO DA JUSTIÇA	2016-2017	2017

Fonte: Autores, 2020.

O Supremo Tribunal Federal é composto por três indicados por Luiz Inácio Lula da Silva (Ricardo Lewandowski em 2006, Cármen Lúcia também em 2006 e Dias Toffoli em 2009), quatro indicados por Dilma Rousseff (Luiz Fux e Rosa Weber em 2011, Roberto Barroso em 2013 e Edson Fachim em 2015), uma indicação de Michel Temer (Alexandre de Moraes em 2017), Fernando Henrique Cardoso, por sua vez, também nomeou um Ministro para casa (Gilmar Mendes em 2002), Fernando Collor com teve direito a uma indicação (Marco Aurélio em 1990) e por último José Sarney indicou o membro mais antigo da casa (Celso de Mello em 1989).

Por fim, o Quadro 2 apresenta as comparações de cargos anteriores dos ministros e ano de suas posses no STF.

#### 4.3 DAS SABATINAS

A sabatina é o processo pelo qual o aspirante ao cargo da Suprema Corte, após ter seu nome indicado pelo Presidente da República, passa por uma Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) dentro do Senado que avaliará se os critérios constitucionais foram atendidos, apresentando um relatório que só então irá a plenário para votação de todos os senadores.

Tomando por base o primeiro quadro apresentado, verifica-se que não houve nenhuma rejeição dos indicados ao cargo por parte do Senado Federal, na vigência da Constituição de 1988.

Como já mencionado em linhas anteriores deste trabalho, houve, apenas, cinco nomes que não foram aceitos na história do STF, todos em um mesmo mandato presidencial, o de Floriano Peixoto entre 1891-1894, e as rejeições foram eminentemente políticas.

Os não aprovados ao cargo foram, Barata Ribeiro que era médico e também foi prefeito do Rio de Janeiro, os generais Inocêncio Galvão de Queiroz e Ewerton Quadros, além do subprocurador da República Antônio Caetano Seve Navarro e do então diretor dos Correios Demosthenes da Silveira Lobo, todos rejeitados pelo Senado. Esse fator, não rejeição de nomes, é percebido quando leva-se em conta, nas lições de Rocondo e Weber (2019), durante sua história os questionamentos das sabatinas são superficiais sem grandes dificuldades, onde se analisa mais as relações políticas do candidato e suas preferências que seu curriculum acadêmico e contribuição para o Direito.

Desse modo, é de fácil constatação que o Senado Federal é apenas um órgão de homologação das escolhas do Presidente, nessa esteira “Imaturas do ponto de vista institucional, as sabatinas brasileiras eram homologatórias [...]” (ROCONDO; WEBER, 2019, p. 127), esvaziando, assim, sua função de controle de indicações arbitrárias e puramente políticas. Nessa mesma linha de raciocínio Chaves (2016, p. 4) aponta que:

Não obstante a finalidade de controle objetivada pelo modelo, historicamente o Senado brasileiro tem aprovado, sem ulteriores indagações ou aprofundamentos, as indicações feitas pelo Presidente da República, esvaziando na prática o seu papel constitucional de controle.

Quando o modelo que se conhece hoje fora criado em 1891 com a Constituição que inaugurava a república e a federação brasileira, se imaginava o Senado como um forte controlador dos atos do Presidente, utilizando das Sabatinas para melhor avaliar o candidato, como sua moralidade e seu posicionamento frente às decisões que colocariam em xeque os interesses de vários grupos dentro de uma sociedade. Não passou de mera expectativa. Recondo e Weber (2019, p.123) pontuam,

As sabatinas, que deveriam aferir, entre outros pontos, a filosofia jurídica dos candidatos, um exame que fornecesse um mapa do comportamento dos futuros ministros em questões-chave e momentos institucionais de crise, conhecer o núcleo de convicções morais do aspirante ao cargo, estimar uma decisão diante de um caso difícil, sobre princípios em colisão, nunca funcionaram a contento.

Nesse mesmo sentido, os autores continuam asseverando, que a sabatina tem como principal foco, medir a popularidade do indicado ao assento da Corte,

Na prática, as sabatinas são, elas também, uma caixa de ressonância da popularidade do presidente e não apenas uma banca de “acadêmicos” com poderes de reprovar os candidatos que se distanciem da média ideológica da maioria da Comissão de Constituição e Justiça (RECONDO; WEBER, 2019, p. 124).

Pelo exposto, demonstra-se a fragilidade do processo de escolha dos membros da Suprema Corte, tendo em vista que o que deveria ser uma verificação de posicionamentos relevantes do candidato e de seu conhecimento sobre temas de interesse da comunidade política, não passa de mera burocracia governamental ou como reconhecem Recondo e Weber (2019, p.124) “uma espécie de happening, um encontro social a que os senadores afluíam, mas não davam tanta atenção.”

#### 4.4 DOS CRITÉRIOS PARA ESCOLHA DO MEMBRO DO STF

Esse tópico visa demonstrar quais são os critérios capazes de levar um profissional jurídico a se assentar na Suprema Corte, as possíveis variáveis em torno de uma indicação e se realmente são avaliados os critérios constitucionais no momento da escolha presidencial.

Nesse contexto, a facilidade de se superar as sabatinas do Senado significa a inexistência de qualquer óbice para que o Presidente da República faça escolhas extremamente pessoais e tendenciosas, pautadas quando muito no seu viés ideológico.

Embora seja difícil identificar a repercussão prática do viés ideológico da indicação nas decisões dos Ministros, não se pode negar que, pelo menos diante da opinião pública, esta circunstância causa incômodo capaz de colocar em risco a confiabilidade na isenção dos julgamentos que advém da mais alta corte nacional. Vejamos os comentários produzidos por Chaves (2016, p. 4-5), citando Tavares a esse respeito:

Esse modelo de escolha levou à discussão acerca da garantia da efetiva autonomia do Supremo Tribunal Federal em relação aos outros poderes do Estado, em especial em relação ao Executivo. Parte da doutrina, como observado por Tavares entende que a forma de indicação “torna possível um modelo exclusivamente político e pessoal de escolha, admitindo uma estranha e não desejada proximidade entre o futuro integrante da Corte e o chefe do Executivo”, podendo no limite exercer uma influência indesejada sobre as futuras orientações jurisprudenciais do tribunal.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Recondo e Weber (2019, p. 118) sustentam “a aleatoriedade que permeia as indicações ao Supremo – vinculação partidária com o presidente, linhagem jurisprudencial, manifestações acadêmicas anteriores pouco são levadas em conta”.

A fim de exemplificarmos o que foi exposto acima, temos como o exemplo o Ministro do STF Dias Toffoli que foi indicado para tomar assento no STF pelo então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, tendo sido assessor Jurídico do mesmo partido dos trabalhadores no período de 1995 a 2000. Porém, muito antes de surgir a vaga o Presidente já tinha esse desejo, ter no Supremo um representante seu, como destaca o trecho,

A morte precoce do ministro Carlos Alberto Meneses Direito antecipou a indicação que era dada como certa, talvez a mais previsível de todas as escolhas do presidente Lula. Em conversas reservadas com seus assessores e demais ministros, o presidente falava abertamente, mais de um ano antes da indicação — que ocorreu em 2009 —, que faria Toffoli ministro do Supremo: “Esse vai ser meu menino no Supremo”. (RECONDO; WEBER, 2019, p.135).

Mais uma vez, embora Dias Toffoli pudesse ter posições ideológicas similares às do então Presidente da República (o que seria perfeitamente aceitável inclusive do ponto de vista democrático), quer nos parece que não foi esta a base da indicação, mas sim a possível sensação de segurança que o chefe do executivo tinha quanto ao rumo das decisões que poderiam ser tomadas pelo indicado em temas que interessassem não ao país ou à comunidade, mas ao partido do qual ele foi assessor.

Outro exemplo que segue direção similar foi a indicação de Gilmar Mendes que era em 2000 Advogado Geral da União, cargo que ocupou por nomeação do então presidente e, logo depois no ano de 2002 no governo de Fernando Henrique Cardoso foi indicado ao cargo de Ministro da Corte.

Mais recentemente foi a vez de Alexandre de Moraes que fora indicado pelo presidente Michel Temer do qual era Ministro da Justiça.

[...] “tinha dado provas de sua confiança e discrição no caso do hacker e se aproximara do presidente. Só isso”, lembrou um integrante do primeiro escalão do governo Temer, que acompanhou de perto o processo de escolha para o STF do então ministro da Justiça (RECONDO, WEBER 2019, p.118).

Nesse viés, mostra-se que pouco importava o perfil do julgador que era posto no mais alto cargo do judiciário, mas principalmente a soma de serviços prestados ao então chefe do executivo<sup>10</sup>.

Além do critério da confiança, mostram-se outros, menos importantes, mas que fazem parte do jogo político que virou o processo de escolha do membro da Suprema Corte, Recondo e Weber (2019, p. 119) citam,

A análise das indicações ocorridas após a promulgação da Constituição em 1988 mostra, até há pouco tempo, um processo de indicação subordinado a cálculos de política menor, a pequenos agradecimentos, idiosincrasias do presidente, ao marketing político, a padrinhos poderosos, à confiança pessoal do presidente da República na pessoa e não no perfil de quem será o julgador. Isso reduzia quase à insignificância as avaliações sobre o poder das decisões de um ministro do STF para interferir na sociedade.

#### 4.5 O CAMINHO ATÉ A SABATINA – *MAKING OF*

Se é possível afirmar que as sabatinas são tratadas pelos Senadores como mero ato homologatório de uma decisão livre do Presidente da República, o jogo de bastidores nos mostra exatamente o contrário. Antes de um nome chegar a ser indicado de fato na imprensa, já houve muitos jogos políticos que permitiram esse suposto nome ser ou não aceito, nesse diapasão

Sabatinas informais e reservadas, consultas sigilosas entre integrantes dos três poderes, jogo bruto, disputa entre indicados (com a produção de dossiês) definiram na largada o destino de vários indicados. Se, depois de Floriano Peixoto, o Senado nunca recusou um indicado ao Supremo, nas coxias, nomes cogitados pelo Planalto são abatidos antes de chegar aos holofotes do Congresso. Em Brasília, a decisão, o veredicto sobre o

---

<sup>10</sup>Aqui vale ressaltar que tanto Gilmar Mendes quanto Alexandre de Moraes são detentores de grande produção jurídico científica e importante formação acadêmica. Porém, o que sustentamos é que suas respeitáveis capacidades técnicas não foram determinantes para a indicação, mas sim suas relações com os chefes do executivo federal da época.

candidato, ocorre nos bastidores, fora do Senado. Num jogo que poupa uma derrota ao governo (RECONDO; WEBER, 2019, p. 128).

Essa trajetória de bastidores revela com ainda mais clareza o caráter ficcional das sabatinas junto à comissão de constituição, justiça e cidadania do Senado e o caráter meramente homologatório da votação em plenário, pois a aprovação já foi conquistada nos momentos anteriores, seja pela pressão do Presidente da República, quando detentor de maioria no Senado ou mesmo quando já negociou as “contraprestações” decorrentes da aprovação de seu indicado.

Segue trecho que exemplifica melhor o que foi exposto acima,

[...] Eu me lembro do Antônio Carlos Magalhães ter me ligado e dito: ‘Se for um sujeito partidário, não vai passar’. Eu perguntei: ‘Por exemplo?’. Ele respondeu: ‘Luiz Eduardo Greenhalgh e Tarso Genro não passam [ambos advogados e políticos do PT]’”. Como ministro da Justiça, MTB participava ativamente de seis das oito indicações de Lula para o STF. “Eu disse que estava tudo bem. Levei isso para o presidente, que me perguntou: ‘Você acha que o Lewandowski passa?’. ‘Passa, passa assim, de rabo erguido.’”(RECONDO; WEBER, 2019, p. 128).

Dentre outros fatores, conforme já exposto acima, contextualiza como o jogo de bastidores acontece antes do nome ser ventilado. A reprovação de um nome ao assento na Corte não se perfaz apenas no âmbito político, os próprios membros da corte, em *making of* tem o condão de vetar ou aprovar certa indicação.

Segundo ACM, o Planalto ia indicar Misabel para o STF, e o senador queria saber a opinião do ministro. Mendes não a considerava a melhor indicação, e lembrou que ela quase quebrara o governo Fernando Henrique no início do segundo mandato. O encontro, que transcorria no gabinete do então senador José Jorge, de Pernambuco, também testemunhado pelo então consultor legislativo Bruno Dantas, tempos depois nomeado ministro do TCU, transformou-se numa sabatina informal de apenas dois senadores e um ministro do Supremo — e sem a presença da indicada para replicar. (RECONDO; WEBWE, 2019, p. 130)

A candidata era Misabel Derzi, a qual Mendes não queria no Supremo. Ela era a indicação que seria feita por Lula, porém, depois dessa “sabatina” seu nome

foi reprovado e a indicada da vez foi Carmen Lúcia, a qual foi aprovada para o cargo de na Suprema Corte brasileira. O que se percebe é que o nome passa por um certo colegiado do Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário para que sua indicação possa ser aprovada e depois “homologado novamente” pelo Senado Federal.

Como se pode perceber, o procedimento estampado na constituição é apenas formal. Seu intuito é tão somente estampar o atendimento de todos os requisitos constitucionais para que não se possa, posteriormente, ventilar algum vício no processo de escolha. Recondo e Weber (2019, p. 138) não economizam palavras para ilustrar o que concluímos, vejamos:

“Porra, jucá, estou com medo do Toffoli ser barrado”, disse o presidente ao então líder do governo no Senado. “Eu garanto a aprovação”, respondeu Romero Jucá, reiterando que a construção de um ministro não ocorria, nunca ocorreria, nas sabatinas”.

Essa entre outras questões demonstram a fragilidade do processo de escolha dos postulantes ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Os órgãos incumbidos pela Constituição da República de indicar e aprovar num processo formal e solene o fazem de forma informal e astuta, às escuras, longe do público destinatário das decisões que este tão importante órgão deve tomar.

Tal narrativa deixa claro que o modelo precisa de ajustes capazes de evitar os conchavos e os jogos de interesse em decisões que podem mudar o rumo da sociedade brasileira ou pelo menos que revelem parte de todo este processo.

O caminho até o Supremo Tribunal Federal pode ter várias vertentes, Recondo e Weber (2019) aduzem que um certo grau de amizade pode te levar ao Supremo, como por exemplo ter um amigo que terá acesso ao gabinete presidencial e isso poderá lhe render uma indicação à Corte, como também o inverso é verdadeiro, o fato de ser inimigo de alguém, que tem o poder de cancelar o seu veto, pode decretar que seu nome nunca será indicado ao STF, a mídia também pode ter um papel importante na decisão da indicação bem como relações familiares que podem elevar um jurista a Suprema Corte.

#### 4.6 OS MOTIVOS DAS INDICAÇÕES DE FHC E LULA

O tópico anterior da pesquisa demonstrou que o viés ideológico do Presidente da República e a configuração mais ou menos liberal do corpo legislativo não são os únicos determinantes na finalização do processo de indicação e aprovação dos nomes que comporão o Supremo Tribunal Federal, circunstâncias outras são igualmente relevantes neste procedimento.

As indicações para o STF não guardavam associação direta entre o indicado e a ideologia do partido do presidente. Os ministros nomeados a partir da promulgação da Constituição chegaram ao tribunal por motivos diversos, circunstanciais (RECONDO e WEBER, 2019, p. 139-140).

Ao se avaliar alguns desses diversos motivos para se chegar ao Supremo temos as indicações feitas por Fernando Henrique, percebe-se que o objetivo era um Supremo pró-governabilidade, dentre outros fatores, nesse sentido,

As escolhas de Fernando Henrique para o STF (Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes) tiveram o propósito de reforçar na cúpula do Judiciário um padrão de deferência à governabilidade, de adesão a pontos representativos e um novo gerenciamento das contas públicas, como a preservação do Plano Real, da Lei de Responsabilidade Fiscal e de questões fiscais de modo geral (RECONDO e WEBER, 2019, p. 140).

Numa outra linha seguiu Lula que, por sua vez, promoveu indicações que pudessem ter relação com as pautas de sua plataforma política, nessa perspectiva,

[...] a do Lula foi vocacionada para criar referências, como a questão racial, avaliou o ex-ministro da Advocacia-Geral da União no governo Lula. Luís Inácio Adams. “A nossa intenção era fazer um Supremo diferente, um Supremo que não fosse um posto de fim de carreira para magistrado, mais voltado para a sociedade, para as grandes questões. Hoje tem sido protagonista de algumas das grandes questões da sociedade. A ideia era essa, criar um Supremo de cara voltada para a sociedade, com cada ministro sendo representante de alguma coisa, de um setor, de uma porção, de uma corrente de pensamento, de alguma atitude (RECONDO e WEBER, 2019, p. 140).

Apesar de não ser avaliado um caso concreto especificamente, o objetivo dotópico é demonstrar a suposta ligação ideológica das indicações ao STF, ao menos a priori, bem como o critério que se mostrou mais importante durante toda a pesquisa, o da confiabilidade, que de fato é o verdadeiro motivo de ascensão de um indicado a Corte. Outros critérios também são de suma importância para se almejar um assento no Supremo, como proximidade ao presidente ou a quem está ao seu redor, não ter inimigos fortes que podem barrar seu nome antes mesmo dele chegar a ser ventilado são construções que colocam alguém mais perto do Supremo.

## **5 ESTRATÉGIAS CAPAZES DE AMPLIAR O CARÁTER DEMOCRÁTICO DA ESCOLHA DE MAGISTRADOS PARA A SUPREMA CORTE BRASILEIRA**

Depois de expor todo conteúdo acerca do que foi proposto, a pesquisa seria inócua se não dedicasse algum tempo na tentativa de elucidar estratégias que poderiam aprimorar do ponto de vista da participação popular o sistema que o Brasil adota. Tomaremos por base não apenas os modelos que foram apontados no anexo bem como propostas de emendas à Constituição capazes de trazer um modelo mais sólido do ponto de vista de indicação ao cargo de Ministro da Suprema Corte brasileira, como também um processo de escolha que proporcione maior segurança e autonomia dos magistrados no transcurso de sua atuação na Corte.

Em um primeiro momento analisaremos os critérios que as PEC 35/2015 e 16/2019 pretendem alterar no processo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal estampando no art. 101 da Constituição da República de 1988.

Um dos pontos tendentes a ser modificado pelas proposições é a criação de um mandato de 10 anos para os membros da Corte, vedada a recondução. O quadro abaixo demonstra que a média de permanência no cargo é aproximadamente onze anos. Logo a mudança não traria consequências negativas para a estabilização da jurisprudência nacional.

Ademais, tem se observado, mesmo sem a existência de tal previsão, uma indesejável inconstância na jurisprudência do STF haja vista que temas de grande relevância são decididos monocraticamente ou no ambiente das turmas e, mesmo quando são submetidos ao plenário, não provocam a necessária pacificação das posições dos próprios Ministros. Tome-se como exemplo a questão relacionada à

execução de sanções penais com o esgotamento das vias recursais ordinárias. O tema foi apreciado diversas vezes no intervalo entre 2009 e 2019, tendo a orientação do plenário do STF cambiado três vezes, sendo a última modificação verificada depois de pouco mais de dois anos, sem que houvesse mudança significativa da composição da corte ou dos fatos sociais que cercavam a matéria.

Tabela 1 – Tempo de permanência dos Ministros no exercício do cargo.

NOMES	PERÍODO COMO MEMBRO DO STF	TEMPO NO CARGO	
PAULO BROSSARD	1989-1994	05 ANOS	_____
SEPÚLVEDA PERTENCE	1989-2007	18 ANOS	_____
CARLOS VELLOSO	1990-2006	16 ANOS	_____
ILMAR GALVÃO	1991-2003	12 ANOS	_____
MAURÍCIO CORRÊA	1994-2004	10 ANOS	_____
NELSON JOBIM	1997-2006	09 ANOS	_____
ELLEN GRACIE	2000-2011	11 ANOS	_____
CEZAR PELUSO	2003-2012	09 ANOS	_____
AYRES BRITTO	2003-2012	09 ANOS	_____
JOAQUIM BARBOSA	2003-2014	11 ANOS	_____
EROS GRAUS	2004-2010	06 ANOS	_____
MENEZES DIREITO	2007-2009	02 ANOS	_____
TEORI ZAVASCKI	2012-2017	05 ANOS	_____
			<b>8,7 ANOS</b>

Fonte: Autores, 2020.

A tabela 1 mostra que dentre os 14 (quatorze) Ministros que participaram do STF após o período de redemocratização, tiveram uma média de 8,7 anos como participantes da Corte. Se retirarmos aqueles Ministros que tiveram um tempo de participação abaixo da média, ela subirá para 10,5 anos, ou seja, ainda estaria dentro do período que a PEC deseja estabelecer como tempo máximo no órgão.

É claro que dentre os atuais Ministros há aqueles que já estão atuando há cerca de trinta anos e os que poderão alcançar aproximadamente este período de atuação se levarmos em conta o afastamento por aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade.<sup>11</sup> Assim, eventual alteração deverá dispor sobre o direito dos magistrados remanescentes da atual composição da Corte.

<sup>11</sup> O Min. Marco Aurélio foi empossado em 1990 e será aposentado em 2021. O Min. Celso de Mello foi empossado em 1989 e se aposentará em 2020. O Min. Gilmar Mendes tomou posse em 2003 e se afastará somente em 2030. O Min. Dias Toffoli tomou posse em 2009 e se aposentará em 2042.

Neste ponto, o relator da proposta, Senador Anastasia, destaca que há previsão nos textos a respeito da expectativa de direito dos atuais Ministros, sendo certo que a alteração vigorará, se aprovada, apenas para os novos indicados.<sup>12</sup>

Conforme ressalta o mesmo relatório, o modelo de mandatos fixos é adotado em outros países como Itália (12 anos), Alemanha (12 anos), Espanha (9 anos), França (idem, embora haja alguns membros vitalícios), Colômbia (8 anos), Dinamarca (6 anos), Portugal (9 anos), não tendo o condão de comprometer a independência do Poder Judiciário, especialmente na realidade brasileira, eis que não se aplicará aos juízes de primeiro grau, cuja admissão ao cargo baseia-se eminentemente no mérito.

No que diz respeito ao outro ponto da proposta, pretende-se reduzir drasticamente liberdade do Presidente da República, passando a indicação ser baseada em lista tríplice proposta por um colegiado formado pelo Presidente do STF, Presidente do STJ, Presidente do TST, Presidente do STM, Presidente do TCU, Presidente do Conselho Federal da OAB e Procurador-Geral da República.

Neste ponto, percebemos que, apesar da partilha da responsabilidade que hoje é do Presidente da República com gestores de instituições essenciais à Justiça, a contribuição e participação direta do cidadão ou mesmo da sociedade organizada ainda permanecerá nula, havendo apenas a validação do procedimento que hoje se dá nos bastidores. O déficit democrático não se reduz a níveis toleráveis, ao nosso ver. Talvez até seja ampliado, eis que os integrantes do colegiado não são pessoas cuja admissão aos cargos que ocupam tenha sido chancelada pela vontade popular.

Para pensarmos em um modelo de escolha que privilegie a participação popular, fazendo o cidadão ter voz ativa no processo e promovendo uma maior diversidade na composição da Corte é necessário olhar para o sistema francês.

Sabe-se que a Câmara dos Deputados é a casa de representantes do povo, porém, no processo de indicação que vigora atualmente no Brasil ela não toma parte. Então, como primeira observação capaz de atender ao critério de maior participação da sociedade, seria necessária a alteração do art. 101 da CF/88 para redirecionar a escolha também para a Câmara dos Deputados, não somente ao Senado Federal. Veja-se que o modelo de controle político pelo Senado faz todo sentido se pensarmos na forma federativa de Estado com matriz americana, já que,

---

<sup>12</sup> Parecer disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8032473&ts=1594026205099&disposition=inline>, Acesso em: 05 jul. 2020.

sendo o papel primordial da Corte Suprema controlar as iniciativas legislativas estaduais em face da Constituição Federal, nada mais justo que apenas a casa de representantes das unidades federadas tomar parte no processo. Ocorre que, como já mencionado na introdução desta pesquisa, a Corte Brasileira, reúne funções que vão muito além do processo de controle de constitucionalidade de atos e normas estaduais.

As atribuições do STF vão desde o julgamento de ações originárias cíveis e criminais, até a iniciativa do processo legislativo de criação de tribunais superiores, passando pelo papel corte de apelação em crimes políticos e de uniformização da interpretação constitucional mesmo em leis municipais (através da ADPF), daí porque nossa realidade não pode se contentar com o controle político exclusivo do Senado, sendo indicada a participação de todo o Congresso nacional neste procedimento.

Para nós o melhor caminho seria a partilha de atribuições entre o Presidente da República, Senado Federal e Câmara dos Deputados.

O Senado deixaria de ser órgão que apenas controlaria as indicações feitas pelo Presidente, tendo em vista que no processo real nunca funcionou como medida protetiva de indicações arbitrárias e passaria a ter direito de escolha propriamente dito.

O Presidente da República continuaria com o poder de escolha em relação a parte do quantitativo de cadeiras e deixaria outra parte para o Congresso Nacional, assim como já ocorre em relação aos cidadãos componentes do Conselho da República<sup>13</sup>.

Seriam mantidos os requisitos de idade mínima, reputação ilibada e notável saber jurídico, porém a aprovação de todos os nomes se daria por maioria qualificada de dois terços.

Vale observar que, as indicações pelos três órgãos antes referidos se dariam em conformidade com a abertura das vagas, assim como já ocorre quanto á formação do quinto constitucional nos tribunais intermediários e ao terço representativo do judiciário estadual, federal e advocacia e Ministério Público no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

---

13 CF/1988 Art. 89. Inciso VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Como se viu as alterações propostas são grandes e ousadas, mas permitiriam que, com o decorrer do tempo, a composição do STF ficasse menos sujeita ao tipo de crítica que vincula suas decisões à defesa das posições políticas adotadas pelo Executivo Federal, em especial quando se tem um longo período de domínio de um partido sobre a chefia do Executivo. Não nos esqueçamos que o próprio Kelsen, formulador da ideia de controle de constitucionalidade concentrado, ao criticar a reforma constitucional austríaca que atribuiu ao Executivo a escolha dos membros do Tribunal Constitucional, já vaticinara que esse foi “o início de uma revolução política que inevitavelmente levou ao fascismo” (2003, p. 307).

Por fim é necessário destacar que as propostas de emenda constitucional (35/2015 e 16/2019) antes citadas foram consolidadas em um substitutivo pelo Relator Senador Antônio Anastasia do PSDB de Minas Gerais, a fim de que a lista tríplice de nomes a serem analisados pelo Presidente da República seja formada por um membro do Poder Judiciário, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um membro do Ministério Público, indicado pela Procuradoria-Geral da República e um jurista, indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Para o senador esta composição garantiria a presença de integrantes das carreiras relacionadas às funções essenciais à Justiça na composição da Corte Suprema.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Depois de todo o exposto, algumas conclusões puderam ser tiradas do corpo do texto. Em um primeiro momento, percebemos que todos os Tribunais analisados (Tribunais estes que são os guardiães da Constituição do seu Estado), foram criados para conter os avanços desmedidos, ora do Executivo, ora do Legislativo, a depender do Estado.

Todos, em um primeiro momento, tinham sua independência limitada e com o avanço dos tempos passaram a ter mais clareza e autonomia nas tomadas de decisão, ganhando, assim, o devido e merecido espaço dentro do corpo político do país e trazendo novos rumos a sociedade através do controle de constitucionalidade, que é um dos grandes mecanismos capazes de tutelar os direitos e liberdades individuais frente ao poder estatal, evitando que espécies legislativas possam ser criadas ferindo o disposto na Carta Magna de cada Estado.

Em um segundo momento, através da leitura do anexo, percebe-se que não existe um ou outro modelo mais democrático, todos são legítimos e se adaptam ao sistema político vigente no país. O grande ponto para diferenciarmos os modelos de escolha dos membros das Supremas Cortes, orbita a atenção às peculiaridades que envolvem cada país. Temos na Alemanha uma indicação ao inverso da brasileira, em que privilegia o parlamento a escolha dos Ministros, mas ao verificar o sistema político em que o país é submetido, veremos que é um governo parlamentarista, em que o grande poder está nas mãos do parlamento e não do Presidente da República. Assim, embora os modelos sejam distintos se igualam quando olhamos não apenas o processo de escolha como também o sistema político.

Então, sob esta ótica podemos dizer que o processo de escolha entre a Corte americana e a Corte brasileira são iguais, por terem o mesmo sistema de governo, o presidencialista?

Do ponto de vista exclusivamente procedimental a resposta é positiva. Por outro lado, ampliarmos nossa visão para outros aspectos da sociedade, chegaremos à conclusão de que, embora os procedimentos possam ser iguais o sistema de escolha encontra diferentes variáveis. Uma mais marcante que podemos analisar é o sistema partidário dos países. No Brasil há uma infinidade de partidos, por outro lado, a recíproca não é verdadeira, pois nos EUA existem apenas dois partidos, Democratas e Republicanos, com presença dominante do Congresso.

O sistema bipartidário<sup>14</sup> existente no legislativo americano facilita a definição mais clara do papel fiscalizador da casa parlamentar nas escolhas do Presidente. Assim, se ele não detém a maioria no Senado deve ter mais cautela ao indicar um magistrado, sob pena de ter sua escolha reprovada. Necessita também dar atenção a aspectos como representação de gênero, raça, espectro filosófico entre outros.

Quando olhamos nesse mesmo prisma para o Senado brasileiro, não podemos afirmar que o mesmo acontece aqui, devido a variedade de posicionamentos existentes dentro de um Senado e da variedade de ajustes que podem ser feitos, parece ser bem mais fácil para o Presidente fazer prevalecer sua vontade até certo ponto arbitrária. Acreditamos que esse fator contribua para que o Senado brasileiro seja apenas um homologador das indicações do Presidente da República e, aumenta a possibilidade de sabatinas informais.

---

<sup>14</sup> Como se sabe, nos EUA há outros partidos além do Democrata e do Republicano como, por exemplo, o partido Verde, o Partido da Constituição e o Partido Libertário, mas seu sistema político possibilita a presença de apenas dois ocupando as cadeiras das casas legislativas.

Existe um fator que é igual nos dois sistemas de escolha. A relação de confiança que deve existir entre o indicante e o indicado. Como se viu, o indicado pode ter as melhores capacidades técnicas, se não for alguém confiável aos olhos do Presidente, o currículo pouco importará.

Num outro momento, ao analisarmos o processo de escolha do modelo francês sob as óticas já apontadas acima, identificamos que é o país que adota um processo dispare dos demais. Primeiro porque permite a escolha a mais de um órgão, trazendo uma ideia de maior democracia *stricto sensu*. Veja bem, não está se dizendo que os outros modelos não são democráticos, o que se pretende expor é que o modelo da França homenageia mais o que entendemos por democracia por compartilhar um poder capaz de mudar os rumos da sociedade com mais órgão.

Além do mais, o modo como a rotatividade do sistema francês é feito, faz com que a Corte acompanhe a evolução social, o que não ocorre nos EUA, que tem mandatos vitalícios e longínquos.

A alteração apontada no trabalho, muito se deu pelo processo existente na França que adota uma indicação colegiada com uma maior diversidade de ideologias, permitindo, assim, que as decisões da Suprema Corte brasileira sejam mais democráticas. O democrático no sentido de não existir um pensamento ideológico dominante na Corte, propiciando, assim, que as deliberações sejam mais bem trabalhadas, evitando, desse modo, o desprestígio às posições minoritárias, ou mesmo a prevalência delas sobre o que a maioria da população deseja.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eduardo Siqueira Carlos. **A evolução histórica das decisões do stf: politização e democracia.** Disponível em: <https://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/15-carlos-abrao.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Supremo tribunal federal brasileiro, suprema corte americana e tribunal constituconal federal alemão:algumas notas sobre as distinções existentes.**Luís Roberto Barroso.** Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/08/STF-Suprema-Corte-Corte-Constitucional\\_Merval.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/08/STF-Suprema-Corte-Corte-Constitucional_Merval.pdf). Acesso em: 20 mar. 2019.

BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes constitucionais e supremas cortes.** 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2017.

CHAVES, Arthur Pinheiro. Perfil comparado da composição do supremo tribunal federal e da corte constitucional italiana. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35661.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

FELONIUK, Wagner Silveira. A política e a suprema corte dos estados unidos. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasfilosofias/article/view/770/pdf>. Acesso em: 05 mar. 2019.

FRANÇA FILHO, Marcelo Toscano. A Alemanha e o estado de direito: apontamentos de teoria constitucional comparada. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/200/r133-12.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 15 mar. 2019.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Evolução de controle constitucionalidade de tipo francês. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/847/R158-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 23 mar. 2020.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril\\_v45\\_n178\\_p181.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf). Acesso em: 11 fev. 2020.

RECONDO, Filipe; WEBER, Luiz. Os onze: o STF seus bastidores e suas crises. Disponível em: [file:///C:/Users/Mateus%20Salles/Desktop/TCC/Os%20Onze\\_O%20STF,%20seus%20Bastidores%20Passe@diante.pdf](file:///C:/Users/Mateus%20Salles/Desktop/TCC/Os%20Onze_O%20STF,%20seus%20Bastidores%20Passe@diante.pdf). Acesso em: 19 mar. 2020.

RIBEIRO, Roberto da Silva. O processo de indicação dos ministros do supremo tribunal federal: uma análise crítica. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td174>. Acesso em: 13 set. 2019.

SILVA, E.L; PAES, J.E.S. A participação da sociedade civil na escolha dos ministros do supremo tribunal federal. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72974>. Acesso em: 19 fev. 2019.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126%3E>. Acesso em: 12 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 04 set. 2019.

WEINERT, Abreu delduna. O supremo tribunal federal. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Plaqueta\\_\\_O\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_\\_1976.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Plaqueta__O_Supremo_Tribunal_Federal__1976.pdf). Acesso em: 24 abr. 2019.

## ANEXOS

ANEXO A - Análise comparada do modelo de indicação dos membros das cortes supremas de nações historicamente conectadas com o modelo jurídico brasileiro.

### 1 ALEMANHA

O Tribunal Federal Constitucional Alemão ou (Bundesverfassungsgericht), funciona ora como órgão revisor, ora como órgão constitucional originário. A corte alemã possui algumas prerrogativas para melhor atuação na função que exerce, o que lhe garante autonomia administrativa e financeira, não dependendo do Ministério da Justiça para formação de seus quadros e tem orçamento separado dos outros órgãos constitucionais.

O Tribunal Federal Constitucional possuiu segundo a Constituição Tedescade de 1949, também denominada de Lei Fundamental, 16 membros que têm sua atuação dividida em dois “senados” (Senado dos Direitos Fundamentais e Senado de Assuntos Estatais), também denominados de preto e vermelho ou católico e socialdemocrata. Nessa divisão, o Presidente e o Vice-presidente atuam em Senados distintos e o plenário da Corte, exerce suas funções principalmente em questões internas. Além de participarem de Senados diferentes, o Presidente da Corte e o Vice-presidente são eleitos de forma alternada pelo *Bundestage Bundestrat*. Após a aprovação destes membros é feita a nomeação pelo Presidente da República, que funciona, apenas, como ato homologatório da decisão do parlamento.

Ao fazermos uma leitura da Lei Fundamental da Alemanha, veremos que, diferentemente do que acontece no Brasil, o modelo de indicação destes membros não passa pelas mãos do Presidente da República, e sim pelo Parlamento que é composto pela Câmara dos Deputados, conhecida como Bundestag e pelo Senado, conhecido como Bundestrat, assim disposto no art. 94, alínea 1.

#### 1.1 DA COMPOSIÇÃO

Se dissemos anteriormente que a Corte é composta por 16 membros, sendo certo que as duas casas parlamentares escolhem esses membros, não se poderia imaginar algo distante de uma indicação paritária. De fato, oito membros do TFC são indicados pelo *Bundestag* e os outros oito pelo *Bundestrat*.

Destas oito indicações que cada órgão poderá fazer, há ressalva de três dos oitos serem da magistratura, os outros cinco podem ser “livremente” escolhidos dentre aqueles que possuem direito eleitoral para figurar como membro do parlamento e tiverem habilitação para o exercício da magistratura.

## 1.2 DO PROCESSO DE ESCOLHA

No *Bundestrat*, os membros indicados ao cargo de membro do TFC serão eleitos por uma maioria qualificada de 2/3 dos votos, ao passo que, no *Bundestag*, serão escolhidos 12 representantes deste órgão, os quais por sua vez, por também 2/3 dos votos, elegerão os seus indicados ao Tribunal.

Partindo do pressuposto que as duas casas parlamentares optam por escolher seus membros por uma maioria qualificada de 2/3, pode-se indagar se este procedimento poderia, de certa forma, influenciar nas decisões dos escolhidos. Na percepção de Grim a resposta é positiva, vejamos:

Na visão de DieterGrim, **há uma relação entre o modelo de escolha de recrutamento dos juízes e o perfil moderado do tribunal**: a exigência de uma maioria qualificada (dois terços dos votos da Casa parlamentar responsável pela indicação) previne a escolha de juízes extremistas, pois um jurista com esse perfil não teria chance de obter o consenso entre os dois maiores partidos do país (GRIM, 2009, p. 45-46 *apud* SOUSA, 2017, p. 421-422, griso nosso).

Percebe-se, então, que ao primeiro momento, existe uma tendência por parte do parlamento de escolher de um magistrado com viés menos extremista, mas, não se pode afirmar com precisão que esta tendência refletirá alguma estabilidade nas decisões futuras dos magistrados.

Este pequeno mecanismo de controle utilizado pelo parlamento reflete mais uma preocupação com os rumos que uma Corte extremista pode tomar, considerando a experiência histórica alemã.

### 1.3 DOS MANDATOS

Os juízes são eleitos para um mandato de 12 anos, com uma idade mínima de 40 anos, nesse aspecto não se diferencia muito do Brasil, apesar de não haver mandato fixo para os membros da corte, têm-se um tempo médio que varia entre 8,5 (outros ramos do direito) e 10,8 anos (advindos da magistratura), a depender de qual seguimento o Ministro se derivou. Os membros do tribunal podem ter sua judicatura interrompida com a aposentadoria compulsória aos 68 anos de idade, ademais, não existe a possibilidade de um magistrado figurar como membro da TFC por mais de um mandato.

### 1.4 DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

No que tange ao modo como as sanções são aplicadas na Corte alemã, não há qualquer previsão do modelo de freios e contrapesos, tendo em vista que somente os próprios membros do Tribunal poderão decidir sobre assuntos referentes a uma aposentadoria compulsória ou destituição do cargo como assevera Sousa Filho (2017, p. 423)

Somente o Plenário da Corte alemã, pode autorizar por dois terços dos seus membros, uma aposentadoria antecipada ou a destituição do cargo em caso de faltas graves aos deveres ou de atos que acarretam uma pena privativa de liberdade superior a seis meses.

O impeachment deveria ser o termômetro entre as duas funções, é a possibilidade que um órgão tem de rechaçar uma atuação arbitrária de outro órgão, ideia essa que não se verifica na Alemanha. Pelos ensinamentos de Sousa Filho (2017), verifica-se que não existe a possibilidade de retirada do cargo por órgão

político, salvo pela autorização de 2/3 de seus membros concedendo essa destituição ao Presidente da República.

Desta feita, constatamos que o parlamento da Alemanha não tem o condão de punir os membros da Corte que escolheram. Seus deveres em relação ao Tribunal começam e terminam na escolha destes membros. Sousa Filho (2017) aduz que qualquer tipo de influência que o parlamento pudesse ter se restringe à eleição dos magistrados.

Demasiado poder, poderia, de certa forma, causar alguma desconfiança da sociedade em geral por não ter nenhum tipo de controle daqueles que os elegeram. Na realidade é basicamente ao contrário, Rocha (1980, p.80 *apud* SOUZA FILHO, 1997, p.8)

[...], nunca houve na Alemanha clima de desconfiança para com o Poder Judiciário, como, por exemplo, existiu na França. Ao contrário de terem medo da ação jurisdicional, os alemães sempre respeitaram e confiaram cegamente em seus juízes.

O Tribunal Federal Constitucional alemão em seu modo de decidir não gera confiança apenas na Alemanha, a Corte brasileira também busca precedentes em suas decisões. Em pesquisa feita por Virgílio Afonso da Silva em 2010, mencionada no livro Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, organizado por Rodrigo Brandão, o escritor Ademar Borges de Sousa Filho escreveu sobre o TCFA e mencionou na pesquisa que até o ano (2017) o STF teria usado 58 referencias da Corte alemã em suas decisões.

## 1.5 DA COMPARAÇÃO ENTRE OS MODELOS DE ESCOLHA

Ao primeiro momento, poderia chegar à conclusão de que o Tribunal Federal Constitucional seria, em uma comparação direta com as Cortes do Brasil e dos Estados Unidos, mais democrático por prestigiar a escolha do parlamento, mas ao se analisar como funciona sua divisão política, seria trocar seis por meia dúzia, ou seja, a Alemanha é um Estado parlamentarista.

Diria ainda mais, seria o modelo menos democrático dentre estes, ao verificar que o *Bundesrat* não é eleito de forma direta pela sociedade e sim composto por membros dos Estados da Alemanha, assim se refere Filho (1997, p. 6) “O Bundesrat é formado por membros dos governos estaduais ou seus delegados (não são eleitos diretamente por voto popular) [...]” Portanto, apenas metade dos membros escolhidos para atuar na Suprema Corte alemã estão relacionados diretamente com a sociedade, o que causa um certo déficit democrático no TFC, mas não uma politização, em outras palavras, uma escolha meramente política, nessa linha de raciocínio Barroso (2011, p.1):

O fato de serem nomeados pelo Legislativo, aliado ao quorum elevado de aprovação, não produz como consequência a politização da escolha, mas exatamente o contrário. Os partidos, como regra geral, veem-se na contingência de convergirem para um nome de consenso, que normalmente será um professor ou acadêmico respeitável.

Embora tenha-se pouca ou nenhuma influência direta da sociedade na escolha dos membros do Tribunal alemão, a escolha não se torna por este fato precipuamente política. Dentre os vários fatores analisados, chega-se à conclusão que não se pode afirmar que o parlamento exerce algum tipo de influência no modo de decidir da corte, pelo menos não de forma direta.

## 2 ESTADOS UNIDOS

A Suprema Corte dos EUA, assim como as demais, ganhou sua força com o decorrer do tempo e a concentração de decisões em última análise envolvendo sociedade e os estados membros em suas mãos.

No início, não havia previsão de uma Suprema Corte nos EUA, devido ao receio que um Tribunal Federal pudesse retirar a soberania dos Estados Federados, nesse mesmo sentido Freire (2017, p.305, grifo nosso):

Nos artigos da Confederação ratificados pelos novos Estados Unidos em 1781 não havia a previsão de um sistema judicial nacional. Previa apenas uma Corte de Apelações em Casos de Captura, com jurisdição limitada a

disputas envolvendo navios capturados. Cada Estado tinha seu próprio sistema judicial e suas cortes, como ainda hoje os têm. **Os cidadãos da nova nação temiam que um sistema de tribunais federais com jurisdição geral ameaçasse a soberania dos Estados Federados.**

Por outro lado, havia uma corrente com posição oposta a esta, liderado por James Madison. Este pensamento era positivo em relação a criação de uma Suprema Corte, e saiu vitorioso com a menção expressa no art. III da Constituição dos Estados Unidos de 1787 (FREIRE, 2017). Todavia, apenas no Judiciaryact, de 1789, ela finalmente foi criada.

A Corte norte americana ao lado da Alemã são as duas maiores influenciadoras das decisões do Supremo Tribunal brasileiro. Assim como foram encontradas referências alemãs em decisões proferidas pelo STF, na mesma pesquisa supracitada, foram encontradas 80 referências da Suprema Corte Americana em decisões emanadas do STF.

## 2.1 DOPROCESSO DE ESCOLHA

Diferentemente do que ocorre no Brasil, não há nenhum pré-requisito para que se possa fazer parte da Suprema Corte Americana, senão ser indicado pelo Presidente da República, ter seu nome aprovado por maioria simples pelo Senado e ser cidadão americano, entretanto, a Corte já teve em sua composição cinco membros que não eram americanos natos.

A Corte é composta por nove juízes, entre eles o presidente (chief justice) que também é nomeado pelo Presidente da República para um cargo vitalício e oito juízes (associate justices) também tendo seus cargos de forma vitalícia.

A forma pela qual se organiza a Corte americana também difere da brasileira, ao passo que todos os ministros atuam nos casos que são apresentados a ela, não havendo divisão de órgãos fracionários (turmas, seções ou câmaras).

## 2.2 ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE AMERICANA

A atuação da Suprema Corte Americana no início era bastante limitada, diferente dos dias atuais, o Tribunal decidia basicamente questões envolvendo as

forças armadas, nesse sentido Feloniuk(2015, p.3) “Na primeira década da corte, apenas sessenta casos foram julgados – e 60% desses versaram sobre tratados e questões de segurança envolvendo as forças armadas.” No decorrer dos anos esse paradigma mudou, muito em conta do magistrado John Marshall, indicado pelo presidente John Adams em 1800. John Marshall permaneceu no cargo durante 34 anos, se tornando um dos mais famosos Chief Justice, sendo o pioneiro no redirecionamento do modo de atuação da Suprema Corte Americana passando a ser o guardião da constituição.

Nesse avanço “A Corte, com o tempo, foi alterada com um progressivo aumento de relevância institucional e atuação em assuntos de grande importância social e política (FELONIUK,2015, P.03).” Além de guarda da Constituição, no período que John Marshall esteve como Chief Justice, a Corte pode também emanar seu poder de controle de constitucionalidade em casos famosos como Marbury v. Madison de 1803 e McCulloch v. Maryland de 1819. (FELONIUK, 2015).

Atualmente a Corte opera em competência originária, recursal e com um modelo difuso de controle de constitucionalidade.A brilhante caminhada de Marshall terminou por volta de 1836, mas a grande importância dessa informação é que a partir de sua saída começam os casos de influências partidárias (FELONIUK, 2015). Destaca-se:

[...] o Presidente Franklin Roosevelt se elegeu com uma plataforma de políticas sociais e de proteções trabalhistas, conhecidas como "New Deal", que previam uma série de intervenções do Estado na economia para enfrentar a Grande Depressão, na década de 30. A Suprema Corte, bem mais à direita que o Presidente, invalidou repetidamente leis sociais, invocando o direito de propriedade e a liberdade de contratar. Isso provocou uma grande crise política, **Roosevelt tentou mudar a composição da Suprema Corte (mandou um projeto para aumentar o número de Ministros)** e, após grande tensão, a Corte voltou atrás e mudou a sua jurisprudência, passando a aceitar como válida a legislação social (BARROSO, 2011, p. 02, grifo nosso)

Ao passar dos anos a Suprema Corte Americana fora ganhando importante papel nas decisões jurídico-políticas do Estado, uma delas, talvez a pior, se encontra no caso Dred Scott v. Sandford, de 1857.

Ao decorrer dos séculos é notável a influência e o poder que a Suprema Corte adquiriu, fato este que desencadeou uma forte atuação partidária no momento

de escolha do Ministro. O sistema político dos EUA, assim como no Brasil é presidencialista, todavia, é polarizado em apenas dois partidos: Democratas e Republicanos, liberais e conservadores.

A partir dessa ideia surgem estudos envolvendo a premissa se o modelo de indicação tem uma conotação mais partidária do que técnico-jurídica, ou seja, as decisões aparentam ser mais liberais ou conservadoras de acordo com o perfil da Corte ou de quem os indicaram? Feloniuk (2015, p.08) aponta que:

Pesquisadores traçaram momentos em que as composições assumiram posturas mais progressistas (liberais) ou mais conservadoras, e essas foram associadas com os perfis dos justices, dos presidentes e dos congressos envolvidos nas suas nomeações. Associando assim as decisões dos magistrados a manifestações políticas mais amplas, definidoras das posições da sociedade e composições do Legislativo e Executivo.

Segundo Epstein e Segal (2007, p. 1-7 *apud* FELONIUK, 2015, p. 09) “todos os justices desde 1937 tinham tendências mais liberais ou conservadoras relacionadas aos partidos dos presidentes que os indicaram.” Todavia, tal afirmação não é taxativa tomando por base que em alguns momentos a Corte sendo mais conservadora decidiu questões de forma mais liberal, a exemplo:

No entanto, demonstrando como a corte pode variar entre seu perfil conservador e liberal, há o recente caso *Obergefell v. Hodges*, que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo e obrigou o reconhecimento dessa possibilidade em todas as jurisdições norte-americanas, tornando inconstitucional as leis contrárias em diversos estados. A posição liberal da corte nessa decisão de 2015, foi tomada em um período no qual estudos apontam para uma das composições mais conservadoras da corte em sua história (SILVER, 2012; STONE, 2012, p. 497 *apud* FELONIUK, 2015, P.07).

Isso posto, é possível, e bem comum, que os magistrados tenham certa alternância no modo de decidir ao passar dos anos, exemplo disso é Justice Rehnquist, que ao ser nomeado tinha um perfil conservador, porém ao ser Chief de Justice passou a atuar com viés progressista, entre os anos de 1986 e 2004.

Apesar de haver variações no modo de decidir, há apontamentos que refletem a atuação do Juiz como a mesma ideologia de quem o indicou, nesse sentido Pinello (1999, p. 22 *apud* FELONIUK, 2015, p. 10), “em análise envolvendo ampla literatura especializada, narra que foram encontradas muitas evidências empíricas ligando a ideologia de um juiz e o partido político do presidente que o indicou”. Desse modo, mostra-se claro que na política americana desde quando sua criação, os fatores externos são capazes de influenciar nas decisões dos magistrados, alinhado a esse posicionamento Feloniuk (2010, p. 10) “Estudos feitos ao longo do século XX e XXI apontam majoritariamente no sentido de que a política, inclusive a partidária, influi com relevância sobre a atuação dos juízes.” Contudo, não é só na análise dos casos que se afere tal afirmativa, senão vejamos:

A análise dos casos ajuda a apontar a politicidade, mas é com os arranjos institucionais que a participação de indivíduos externos à corte fica mais visível. Por meio da escolha, confirmação e aposentadoria se pode notar também a participação dos cidadãos e seus grupos organizados na corte. (FELONIUK, 2015, p.10).

### **2.2.1 Da participação da sociedade**

A escolha de um justice ao longo do tempo se tornou um evento tão importante que deixou de ser apenas um processo político, sendo também um processo social, após 1930, houve a inclusão da sociedade, que passou a atuar nesse processo de escolha.

A mídia também participa desse processo trazendo a sociedade informações sobre os candidatos. Apesar de não participarem formalmente do processo de escolha e aprovação dos candidatos, tanto a opinião pública quanto a mídia têm o condão de influenciar nas decisões (FELONIUK 2015). Uma das participações mais acaloradas da sociedade e da mídia ocorreu na indicação de Robert Bork em 1987 por Reagan, Feloniuk (2015, p.18) aduz que:

Contra a sua candidatura foi organizada uma coalizão com mais de 300 grupos de interesse, com ampla repercussão na imprensa. O candidato foi duramente criticado e o apoio à sua candidatura foi decrescendo até se

tornar inviável em meio a um intenso debate sobre seu perfil e a importância da Suprema Corte para a sociedade americana.

A partir desse ponto, mostrou-se a importância da participação da sociedade no processo de escolha de um justice, mesmo que de forma indireta. Organiza-se dentro do período de votação um tempo para ouvir membros da sociedade, aludido, assim, por Feloniuk (2015, p.18):

Diversos dias são utilizados também para ouvir grupos organizados na sociedade que estão presentes durante quase todas as discussões do comitê, ao lado da imprensa. Após tomar uma decisão, o comitê pode recomendar favoravelmente ou contrariamente à indicação – ou não se manifestar. Apesar do peso do relatório, ele não vincula a decisão do Senado.

É muito bem vista essa tomada de frente por parte da sociedade americana nas sabinas que ocorrem no Senado, a ilustração aludida aqui é importantíssima para uma sociedade democrática, pois, quanto mais o povo participar ativamente das tomadas de decisões, mais democrático será o Estado.

### **2.2.2 Da indicação politizada**

Durante o decorrer dos anos, mostrou-se que para atuar como Justice da Suprema Corte Americana, não basta apenas seu conhecimento técnico, tampouco moral ilibada. Outro fator é relevante para tal: a confiabilidade política que se gera na visão do responsável pela indicação e seu partido.

Conforme exemplifica Feloniuk (2015, p. 12):

Em 1874, Caleb Cushing foi indicado como Chief Justice e teve seu nome retratado por inspirar pouca confiança política. O candidato fora prefeito, parlamentar estadual, parlamentar federal eleito em quatro eleições, embaixador, magistrado na Suprema Corte de Massachusetts e não teve aspectos de sua vida pessoal questionados.

Seguindo esse pensamento, é comum que os presidentes, de forma tendenciosa a influenciar nas decisões jurídicas, mesmo que de forma indireta, já façam uma pré-seleção dos candidatos, indicando aqueles que tem maior ligação com suas ideias políticas, assim aponta Feloniuk (2015, p.19):

Os presidentes e demais políticos procuram dar força às suas ideias quando estão no governo – não é surpreendente que escolham candidatos que tenham posições ligadas às deles próprios ou que auxiliem na conformação política que eles defendem. Esses juízes, que já foram selecionados ao menos em parte por suas posições políticas e destaque social, ascendem ao cargo após esse longo processo e, não surpreendentemente, costumam corresponder às expectativas depositadas neles e permanecer nos cargos por duas ou três décadas atuando com perfil compatível aos dos presidentes.

Estatisticamente, aponta-se os seguintes dados sobre a ligação entre presidentes e a Corte:

No mandato do republicano Eisenhower, 63,3% dos votos da corte foram liberais, com o democrata John Kennedy a quantidade aumentou para 66,5% e com outro democrata, Lyndon Johnson, chegou a 68%. As eleições subsequentes de dois conservadores e suas nomeações à corte geraram o efeito contrário – após Richard Nixon 50,3% foram liberais e, com Gerald Ford, foram 44,4%. Ao longo de todos esses períodos, diversos acontecimentos políticos apontaram para a ligação entre ideologias dos partidos e as decisões dos magistrados. (FELONIUK, 2015p. 28)

Mas, a conotação política não se resume apenas nesse aspecto, em alguns casos pode-se perceber que um nome poderá ser rejeitado ou aceito a depender da indicação feita pelo Presidente da República e a composição do Senado. Tornando mais clara a informação, um Presidente Republicano poderá ter sua indicação rejeitada pelo Senado, se este for de maioria Democrata e vice-versa, ilustrando o que fora escrito, Feloniuk (2015, p.12):

O processo tomou aspectos ainda mais partidários em alguns momentos, como quando um presidente republicano apontou Clarence Thomas e 54 dos 58 votos contrários ao seu nome vieram de democratas, ou na escolha

do presidente democrata por SephenBreyer, em que todos os 9 votos contrários foram de republicanos.

A influência partidária é tão forte na indicação e aprovação de um futuro membro da Corte que se ele for indicado por um Presidente Democrata e o Senado for maioria Republicana a uma chance muito alta de não ser aceito, exemplificando:

Estatisticamente, a tendência de associação entre partidos e as nomeações, apontados em alguns casos, são verificáveis quantitativamente. A possibilidade de um senador liberal votar em um candidato considerado muito conservador, se ele não for extremamente bem qualificado, é inferior a 10%. Da mesma forma, a chance de um senador conservador votar em um candidato de mesmo perfil é de quase 90%. Autores afirmam que ética e reconhecida capacidade são fatores importantes para um candidato ser considerado pelo presidente e depois ser aceito – mas isso não altera a importância dos posicionamentos políticos daqueles que chegam a ser indicados e passam pelo Senado (EPSTEIN; LINDSTÄDT; SEGAL; WESTERLAND, 2006, p. 298-301, apud, FELONIUK, 2015, p.13)

Os presidentes dos EUA têm um olhar bem clínico quando o assunto é a Suprema Corte Americana, e já fora até tema de campanha do candidato à presidência da república Ronald Reagan, que prometia a tomada da Corte, que naquela época tinha mais Justices liberais. O fato de a Corte ter mais Justices liberais ou conservadores sob a ótica de um futuro presidente é importantíssimo, pois poderá até decidir um futuro presidente, o que se concretizou nos anos 2000 com a eleição de Bush para Presidência, Barroso (2011, p.02):

O auge da politização negativa da Suprema Corte, sob governos conservadores (Nixon, Reagan, Bush), se deu na decisão do caso Gore v. Bush, que definiu as eleições de 2000. Contrariando jurisprudência antiga e pacífica, a Corte interferiu em questões eleitorais para definir a eleição em favor de Bush, uma decisão que é universalmente considerada como um dos pontos mais baixos de sua história (política pura e mau direito).

Essa constante disputa partidária se pauta na vitaliciedade de um membro da Suprema Corte, pois a ideia é manter uma ideologia dominante por mais tempo ou

trazer mudanças de precedentes em determinadas áreas e essas alterações terem uma longevidade, nesse mesmo sentido:

O presidente e o Senado sabem que as indicações causam alterações duradouras em alguns dos temas de maior importância no cenário político e no partidário – e não apenas isso, os cargos são ocupados por várias décadas e nunca houve um impeachment bem-sucedido contra um membro da Suprema Corte. As nomeações trazem efeitos mais longos que os mandatos dos responsáveis pela escolha (EPSTEIN; MARTIN; QUINN; SEGAL, 2007, p. 13-14, apudFELONIUK, 2015, p.13).

O jogo político-jurídico está cada vez mais prematuro a fim de manter uma ideologia dominante, os presidentes nomeiam justices mais novos com o intuito de prolongar a suas concepções políticas no país.

### **2.2.3 Aprovação técnica ou política**

Em todo o processo de escolha, indicação e aprovação de um nome para participar como membro da Suprema Corte, o Senado americano é quem desenvolve o papel mais importante funcionando como balança democrática evitando indicações temerárias por parte do Presidente da República. Nos EUA não existe nenhum pré-requisito de natureza objetiva tal qual no Brasil, tornando o papel desta instituição ainda mais importante ao avaliar os candidatos indicados.

Apesar de não haver modelo expresso na Constituição americana de como se daria o processo de aprovação ou reprovação, esse foi com o tempo sendo moldado, nas lições de Feloniuk (2015, p.16):

A forma de confirmação não foi especificada na Constituição, mas se desenvolveu até atingir o modelo atual, altamente público e invasivo na vida do candidato. Ela é iniciada com o posicionamento do SenateJudiciaryCommittee, seguida de debates e culmina na votação com quórum de maioria simples caso a votação não seja dispensada por consenso.

Durante a trajetória da Corte houve 160 indicações por parte da presidência para avaliação no Senado, dos quais 36 foram rejeitados. As rejeições se deram da seguinte forma:

Dos 36, 11 nomes foram rejeitados em votação e 11 nomes foram retirados de consideração pelo presidente. Os demais não chegaram a ser votados por falta de tempo, adiamentos ou pelas candidaturas não terem sido colocadas na pauta por pressões políticas e sociais (FELONIUK, 2015, p.17).

Apesar do alto índice de rejeição de candidatos pelo Senado (em comparação com o Brasil), não seria possível apontar que esta instituição cumpre o seu papel controlador de forma isonômica. Tal afirmação surge de estatísticas de rejeição ou aprovação de candidato quando se refere a composição do Senado e partido da presidência da república, vejamos:

[...] em 1986, um estudo apontou que 89% dos candidatos eram confirmados quando o presidente e a maioria do Senado eram do mesmo partido. A chance de confirmação cai para 59% quando o presidente era do partido oposto à maioria do Senado. (DAVIS, 2005, p. 69 *apud* FELONIUK 2015, p.17).

Ainda sobre a partidarização-politização por parte do Senado, Epstein; Martin; Quinn; Segal (2007, p. 13 *apud* FELONIUK, 2015, 17):

Nos últimos cinquenta anos houve seis rejeições feitas pelo Senado, quatro quando o presidente e a maioria do Senado eram de partidos diferentes. O apoio do senado, na maior parte das vezes, tem ligação com os partidos. Diversos outros autores apontam a tendência de partidarização das nomeações, ainda que não seja um elemento decisivo em todas as oportunidades.

Assim, fica evidente que ao analisar o perfil do candidato são avaliados alguns fatores, mas estatisticamente o mais importante ou o mais evidente, tem sido a partidária, tornando as aprovações essencialmente políticas.

### 3 FRANÇA

Neste tópico do trabalho abordaremos o Conselho Constitucional Francês o órgão que se assemelha a Suprema Corte do Brasil, o STF. Assemelha-se pois o sistema judiciário da França é bem peculiar em relação aos demais, assim como seu sistema de Governo, semipresidencialista.

#### **3.1 Do sistema judiciário francês**

O sistema judiciário da França é dividido em dois gêneros, Justiça Comum e Justiça Administrativa. A primeira, julga os conflitos sociais entre pessoas naturais contra estas ou entre essas e pessoas jurídicas, como exemplo temos as infrações penais, civis etc. A segunda, julga os entraves entre as pessoas naturais ou jurídicas e a Administração Pública francesa. Nessa escala hierárquica, em relação à Justiça Comum, temos o Tribunal de Cassação que é um órgão de âmbito nacional, o qual é incumbido de anular as decisões oriundas das instâncias inferiores, anular no sentido *lato*, tendo em vista que ele não julga o mérito que está posto no processo, apenas devolve ao tribunal que julgou para reformar sua decisão.

Essa primeira explanação é de suma importância para entendermos como funciona o Conselho Constitucional Francês, tendo em vista que é um órgão autônomo dos demais poderes e não faz parte destes, melhor dizendo, o Conselho Constitucional Francês não faz parte do Judiciário que na França não é tido como um dos Poderes de Estado e sim função judicial e também não faz parte do Legislativo e Executivo.

#### **3.2 Do processo de escolha**

O processo de escolha do membro do Conselho na França dentre os analisados é o que mais distribui o poder de indicação dentro dos Poderes de Estado. É um órgão recentemente novo em comparação aos demais, pois foi criado em 1958 com a Quinta República Francesa. Com o passar dos anos ficou

responsável por ser o guardião da Constituição do estado da França e foi previsto expressamente no art. 56<sup>15</sup>, da Constituição daquele país.

O Conselho Constitucional da França é composto por nove membros que são nomeados alternadamente de três em três anos para um mandato fixo de nove anos. Essa indicação se dá pelo Presidente da República, Presidente da Assembleia Nacional e Presidente do Senado, cabendo a cada um a escolha de três membros. Conforme já analisado, a escolha se dá em um interregno de 03 anos e nesse período são escolhidos mais três ministros, um por cada Poder apresentado, que após cumprir seu mandato não terá direito a recondução e voltarão as atividades anteriormente exercidas.

Com relação ao Brasil, existe mais uma peculiaridade ou melhor dizendo uma outra classe tem direito de ser membro da Corte, os Ex-Presidentes da República tem lugar vitalício no Conselho, são chamados de membros natos, aos quais é dada a prerrogativa de ter voto preponderante em relação aos demais, em caso de empate. Porém, desde a Quinta República como é conhecido o período após 1958, um Ex-Presidente não participa efetivamente de uma julgamento como membro do Conselho, isso se dá, nas lições de Gomes (2003, p. 5), porque “[...] não lhes é permitido politizar nem tornar público o processo decisório e deliberativo do órgão, o que é extremamente difícil para políticos profissionais.” Através desse ensinamento, perceber-se o motivo de não estar em uso o cargo vitalício no Conselho.

Assim como é exercido o voto preponderante por aqueles membros também é exercido em primeira escala pelo Presidente do Conselho que é escolhido pelo Presidente da República.

Embora o chefe de Estado Francês não tenha o privilégio de poder indicar todos os membros da Corte, ele pode exercer a prerrogativa de elencar quem vai ser o presidente do Conselho. Surgindo a vaga, nomeará dentre os que estão no cargo

---

15 ARTIGO 56º. O Conselho constitucional compreende nove membros, cujo mandato dura nove anos e não é renovável. O Conselho constitucional se renova por terços a cada três anos. Três dos membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional, três pelo Presidente do Senado. O procedimento previsto no último parágrafo do artigo 13 é aplicável a essas nomeações. As nomeações efetuadas pelo presidente de cada assembleia ficam sujeitas unicamente ao parecer da comissão permanente competente da assembleia em questão. Além dos nove membros previstos acima, fazem legalmente parte do Conselho Constitucional os ex-presidentes da República em caráter vitalício. O presidente é nomeado pelo Presidente da República e tem voto preponderante no caso de empate.

ou indicará alguém de fora, porém não tem o condão de desapossar um presidente já eleito.

### **3.3 Do conselho constitucional**

A ideia de se criar um Conselho Constitucional surge com o intuito de controlar os avanços sem medidas do Parlamento Francês e dar mais poder ao executivo, assim, uma das principais funções do Conselho em sua gênese eram ser pacificador entre os dois Poderes, nesse sentido,

Em virtude dessa separação dos domínios legislativo e regulamentar, cabe ao Conselho Constitucional intervir para dizer o que é da alçada do Legislativo e o que é da alçada do Executivo, cumprindo assim uma das missões clássicas da justiça constitucional – o deslinde de conflitos de competência entre órgãos constitucionais soberanos (GOMES, 2003, p. 9).

Além dessa premissa, com o passar das décadas o Conselho foi ganhando força, assim como as demais Cortes analisadas e passou a exercer o papel de guarda da Constituição através do Controle de Constitucionalidade concentrado preventivo que nas lições de Gomes (2003, p. 8) se dá “no caso da lei ordinária, após sua votação regular pelas duas Casas do Parlamento, mas antes da promulgação, o Conselho verifica, mediante provocação, a sua compatibilidade com a Constituição.” Em 2008, época em que houve a última grande reforma da França passou-se a adotar, também, o viés repressivo que é o controle exercido depois de posta a norma no ordenamento jurídico, sendo válida e vigente. A bem da verdade, antes da reforma de 2008, em quatro hipóteses o Conselho permitiu que fosse avaliada a constitucionalidade de uma lei após a promulgação pelo Presidente da República, por lei posterior a essa que a modifica. Esse recurso, fora utilizado 04 vezes depois de 1985.

### **3.4 Dos requisitos para fazer parte do Conselho**

A Constituição Francesa não exige nenhum pré-requisito para que alguém possa integrar o Conselho Constitucional. A escolha é livre e discricionária em relação aos poderes, não se exigindo nem mesmo a formação jurídica.

Embora, em algum momento da vigência do Conselho tenha havido uma dúvida se este seria um órgão político, tal incerteza já caiu por terra. Nessa linha de raciocínio Gomes (2003, p. 18) pontifica que “o Conselho Constitucional é, sem sombra de dúvida, uma jurisdição. [...] o próprio Conselho se considera uma jurisdição e não um órgão político.” Por isso, apesar de não fazer parte da função jurisdicional entende-se que é um órgão jurisdicional.

Mas o fato de em algum momento terem pensando que o Conselho seria um órgão político explica bem o motivo de não se ter nenhum requisito, para se fazer parte dele, nesse sentido Gomes (2003, p. 6), “Isso talvez se explique pelo fato de que o Conselho foi concebido inicialmente como um órgão político de contenção do Parlamento, ramo todo-poderoso do poder tanto na Terceira (1875-1940) quanto na Quarta República (1946-1958).” O fato de não ter critérios pré-estabelecidos na constituição não é motivo de crítica por parte dos doutrinadores franceses, por entenderem que “a composição ideal das cortes constitucionais é, sem dúvida alguma, aquela que reúne um razoável número de profissionais experimentados oriundos do Poder Judiciário ou do Ministério Público, de professores universitários de primeira linha [...]” Gomes (2003, p. 6). Pelo que se observa a diversidade do Conselho só é possível por não serem exigidos certos requisitos.

Embora não seja requisito ser bacharel em direito, Gomes aponta em pesquisa feita por Favoreu, que estes tiveram preponderância sobre os demais

[...] dos 57 membros nomeados entre 1959 e 2000, cerca de 90% eram titulares de diplomas que dão acesso às carreiras de magistrado da justiça comum ou da justiça administrativa; 40% eram doutores em Direito e 20% professores efetivos das faculdades de Direito (FAVOREU et al, 2000, p. 306 apud GOMES, 2003, p.6-7)

### **3.5 Do modelo de escolha**

O modelo de indicação para o Conselho Constitucional da França é o que mais diverge entre os analisados por conferir uma escolha melhor distribuída entre os órgãos incumbidos de efetivar o direito constitucional de indicação e também por

assegurar aos assentados no cargo a possibilidade de um mandato fixo de nove anos, o qual que propicia uma constante mudança de perfil no Conselho.

Certamente levando em conta a especificidade do sistema político francês, em que às vezes as três autoridades detentoras do poder de nomeação são políticos oriundos de três correntes ideológicas distintas, Robert vislumbra nesse fato a salutar vantagem de se poder nomear pessoas de horizontes diversos, de origens diversas, de etnias e crenças diversas, de idades diversas e, por que não dizer, de formação profissional diversa (GOMES, 2003, p. 20-21).

Sob essa ótica, o fator de pluralidade de indicações dá a ideia de que o Conselho se torna mais democrático em suas decisões por ter membros oriundos de diversas correntes ideológicas, como ocorre de fato na sociedade, então o modelo de indicação traz a hipótese de que as decisões são mais justas, pois representam uma parcela maior da sociedade. Nesse diapasão,

No seu modo de ver, esse sistema permite constante renovação da composição do órgão, facilitada pelo fato de que a cada três anos três novos membros e talvez três novas mentalidades diferenciadas passam a compor o Colegiado. **Essa rotatividade é saudável, na medida em que permite ao órgão jurisdicional estar constantemente em sintonia com a sociedade, com a evolução das mentalidades e dos costumes.** (GOMES, 2003, p. 21, grifo nosso).

Por outro lado, também não podemos deixar de citar que uma mudança constante de pensamento pode trazer insegurança jurídica indesejável.

Nada obstante, analisando a realidade francesa Robert, citado por Gomes (2003), observa que:

A cada três anos, um terço da composição do Conselho se vê modificado, sem que disso resulte uma mudança brusca (que poderia ser perigosa), **pois os seis que ficam e continuam seus mandatos asseguram uma necessária continuidade e temperam as mudanças brutais.** (ROBERT *apud* GOMES, 2003, p. 21, grifo nosso).

Na visão do autor o modelo foi bem pensado, eis que não há troca integral da composição da Corte, mas apenas de 1/3 dos membros a cada três anos, permitindo que a maioria mantenha sólidos os precedentes já objeto de discussão.

Ainda segundo Jacques Robert essa troca constante dos membros somada às distintas fontes de indicação permite uma maior autonomia daquele que passa a integrar o Tribunal. Vejamos:

Enfatizar-se-á – além do mais – **a independência que o modo de designação atual dos membros do Conselho Constitucional lhes confere ao longo dos anos de presença na rua de Montpensier (sede do Conselho, n.d.t)**. Cada um de nós deve sua designação à escolha de um só homem, que muitos aliás não conheciam pessoalmente. Frequentemente, ele só tomou conhecimento da sua designação no último minuto, pois ninguém jamais é candidato. Azar daqueles que o são! Mesmo se todos não eram por natureza dotados das mesmas condições, de uma consciência a toda prova e de um total desinteresse, a quem deveriam agradar para poder prosseguir, ao sair do Conselho, uma nova carreira? Qual? Não é incomum que ao longo do mandato a autoridade que o nomeou mude de função ou deixe a política ou...morra. E quando você conclui os seus nove anos (ninguém pode ser reconduzido!), há muito tempo terá chegado, para a quase totalidade dos membros que tiveram assento no Conselho, a idade da aposentadoria!" (Jacques ROBERT). (ROBERT *apud* GOMES, 2003, p. 22, grifo nosso).

Percebe-se que na ótica dos autores, quando o sistema elege um colegiado que tem o condão de decidir os rumos de uma nação, através de poderes de escolha distintos e renováveis ele dá àquele que julga uma maior autonomia frente a sua tomada de decisão em relação aos demais membros e em relação aquele que o indicou. Isso se percebe quando se analisa o sistema de governo semipresidencialista que é exercido na França, ou seja, o Presidente da República, por exemplo, tem um mandato de cinco anos, só poderá eleger ao cargo do Conselho uma pessoa que ficará por nove anos, logo, essa pessoa, hipoteticamente, não estaria vinculada de forma alguma ao poder que é exercido por aquele que o indicou.

Além do mais as decisões podem ser mais bem construídas se levar em conta a diversidade de cabeças existentes dentro de um Conselho, melhor dizendo, pouco provável que numa dessas trocas trienais sejam indicadas três pessoas com a mesma ideologia, pois quem os elege pode ter vieses divergentes .

**ANEXO B - Emenda nº - CCJ (Substitutivo). Proposta de emenda à constituição nº 35, de 2015**

Altera o art. 101 da Constituição Federal para dispor sobre o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 101 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

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

§ 1º A escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é feita pelo Presidente da República, dentre os integrantes de lista tríplice formada por:

- I - um membro do Poder Judiciário, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- II - um membro do Ministério Público, indicado pela Procuradoria-Geral da República;
- III - um jurista, indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º As indicações devem ser feitas em até trinta dias a contar do surgimento da vaga.

§ 3º Não recebida a lista tríplice no prazo a que se refere o § 2º, o Presidente da República deve fazer a escolha livremente, observados os requisitos do caput.

§ 4º O Presidente da República deve comunicar a escolha ao Senado Federal em até trinta dias após o recebimento da lista tríplice.

§ 5º A escolha do Presidente da República deve ser aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal, após arguição pública.

§ 6º Se o Presidente da República não fizer a escolha no prazo a que se refere o § 4º, o Senado Federal deve escolher um dos integrantes da lista tríplice, pelo voto da maioria de seus membros, após arguição pública dos indicados.

§ 7º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República para mandato de dez anos, vedada a recondução.

§ 8º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são inelegíveis para qualquer cargo eletivo, até cinco anos após o término do mandato.” (NR)

Art. 2º Aplica-se aos Ministros do Supremo Tribunal Federal em exercício na data da publicação desta Emenda o regime jurídico vigente no momento da respectiva nomeação.

Art. 3º Esta Emenda à Constituição entra em vigor no dia 1º de janeiro do primeiro ano da legislatura seguinte à sua promulgação.

Sala da Comissão, Presidente