



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
MONOGRAFIA JURÍDICA

**A PROBLEMÁTICA DA VITALICIEDADE E DO PROCESSO DE  
ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

ORIENTANDO(A): MARCOS HENRIQUE FRANCO BARBOSA  
ORIENTADORA: Prof.<sup>a</sup> MS. ELIANE RODRIGUES NUNES

GOIÂNIA  
2020

ORIENTANDO: MARCOS HENRIQUE FRANCO BARBOSA

**A PROBLEMÁTICA DA VITALICIEDADE E DO PROCESSO DE  
ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Monografia Jurídica apresentada a disciplina de Trabalho de Curso II, do Departamento Ciências Jurídicas, curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUCGOIÁS.

Orientador: Profa. Ms. Eliane Rodrigues Nunes

GOIÂNIA

2020

MARCOS HENRIQUE FRANCO BARBOSA

**A PROBLEMÁTICA DA VITALICIEDADE E DO PROCESSO DE  
ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Data da Defesa: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Ms. Eliane Rodrigues Nunes nota

---

Examinador Convidado: Dr. Joel Antônio de Gusmão nota

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>04</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>05</b>
<b>CAPÍTULO I – O PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>06</b>
1.1 BREVE HISTÓRICO.....	06
1.2 O PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO COMPARADO.....	14
1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998.....	20
<b>CAPÍTULO II – A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE PESOS E CONTRAPESOS.....</b>	<b>26</b>
2.1. A TEORIA GERAL DO ESTADO.....	26
2.2. A POLÍTIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	35
<b>CAPÍTULO III – O PROCESSO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>40</b>
3.1. AS GARANTIAS DA MAGISTRATURA.....	40
3.2 DOS REQUISITOS PARA A INDICAÇÃO .....	45
3.3. METODOS ALTERNATIVOS .....	52
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>58</b>

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é questionar sobre a necessidade de se adotar medidas em face das atividades antidemocráticas do Poder Judiciário, e estabelecer novos parâmetros para o processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Os métodos utilizados pautaram-se em conteúdo doutrinário e outras produções científicas, que demonstrassem os pontos divergentes e as possíveis soluções para o problema. Durante o processo de análise expositivo, viu-se que o papel do judiciário tem mudado a relação com os demais poderes pois, por adotar um posicionamento mais ativista em face das omissões e descasos dos demais Poderes, tem sido o garantidor dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Contudo, viu-se que essa atividade não é também fundamentada e subjetivista, fazendo com que exista uma preocupação com aqueles os detentores do cargo de ministro uma vez que, não em poucas vezes, o STF é o detentor da palavra final. Logo, será feita a análise dos critérios de nomeação a fim de questionar-se as mudanças principalmente sobre a vitaliciedade, visto que o Tribunal assumiu função inegavelmente política além de verificar-se outros métodos para contribuir para reduzir as atividades consideradas antidemocráticas do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. vitaliciedade. ativismo. controle. democracia

## ABSTRACT

The objective of this work is to demonstrate the need to adopt measures in view of the anti-democratic activities of the Judiciary, and to establish new parameters for the process of choosing the ministers of the Supreme Federal Court. The methods used were the collection of doctrinal content and other scientific productions, which demonstrated the divergent points and the possible solutions to the problem. During the expository analysis process, it was seen that the role of the judiciary has changed the relationship with the other powers, because, by adopting a more activist position in the face of the omissions and neglect of the other powers, it has been the guarantor of the rights and guarantees fundamental rights provided for in the Constitution. However, it was seen that this activity is also not grounded and subjectivist, causing a concern with those who hold the position of minister since, not infrequently, the STF is the holder of the final say. Therefore, the nomination criteria were analyzed and it was seen that a change is necessary mainly in terms of vitality, since the Court assumed an undeniably political function, and other methods must also be adopted to reduce the anti-democratic activities of the Judiciary.

**Keywords:** .STF.vitality.ativism.control.democracy

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de demonstrar a relevância da discussão sobre a problemática da vitaliciedade no exercício do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a importância que está sendo acrescida sob tal encargo mediante o processo do neocolonialismo, sugerindo atitudes que antes não eram habituais, como o ativismo judicial, a politização dos tribunais e a atividade contra majoritária. Sendo assim, cumpre-se avaliar os métodos e requisitos do processo de escolha para este cargo, uma vez que são os aprovados que configurarão se este novo tipo de abordagem será ou não maléfica para a Democracia.

Para tal debate fora levantado em uma revisão literária criteriosamente selecionada como, doutrinas, legislação, trabalhos científicos, textos publicados na internet entre outros que da mesma forma se curvaram a relevância de tal tema, para que assim fosse composto o debate, não de forma unilateral, mas completada com os vários posicionamentos com o intuito de demonstrar que não é um assunto pacificado e que existem divergências, principalmente entre a adoção do exercício por mandatos ou manter-se a vitaliciedade dos ministros. Utilizando também do direito comparado como forma de obter parâmetros alienígenas ao nacional.

A presente pesquisa é composta de três capítulos, sendo o primeiro a equiparação do direito comparado com o desenvolvimento histórico do Poder Judiciário no Brasil e seu Tribunal Constitucional. O segundo capítulo se pautou na relação entre os poderes na configuração do Estado, trazendo uma construção histórica do desenvolvimento da teoria da separação dos três poderes e sua aplicação no Brasil. O capítulo conclusivo abriga os vários posicionamentos sobre a vitaliciedade dos ministros bem como sob o novo papel desempenhado pelo Supremo tribunal federal, seguindo depois da análise dos requisitos do processo de nomeação e por último a exposição de métodos alternativos de controle ao Poder Judiciário.

## CAPÍTULO I – O PODER JUDICIÁRIO

### 1.1 BREVE HISTÓRICO

O Supremo Tribunal Federal, identifica-se por ser um tribunal de superposição de âmbito nacional, representado “a última instância do Judiciário em matéria de leis. É o órgão de cúpula do Poder Judiciário, decidindo em última instância sobre os litígios intersubjetivos, sendo o defensor da Constituição.” (TAVARES, 2017, p. 967).

Sua existência, no Brasil, tem origem desde a primeira Constituição outorgada por D. Pedro I, contudo aquela corte não consagrava de forma completa as atribuições com as quais a vigente retém. Cabe, pois, expor os principais elementos histórico-constitucionais que fizeram a construção não só do Superior Tribunal de Justiça, mas sim o poder judiciário como um todo da forma que é prevista na constituição atual, que seja, a de 1988.

Vale ressaltar que as questões referentes a diferenciação entre Tribunal Superior de última instância e o Tribunal Constitucional, que não necessariamente precisam estar unidos no mesmo órgão, serão abordadas em outro capítulo. Nesses primeiros momentos reservar-se-á a consideração do Supremo detalhado pela Constituição Federal de 1988 como molde para análise das demais Constituições anteriores e ainda às Constituições extraterritoriais, as quais serão tragas como parâmetro externo.

Como mencionado anteriormente, o Poder Judiciário mostrou-se constitucionalmente no Brasil a partir da **Constituição de 1824**, esta que foi imposta, e que estava distante do ideal protecionista, ou seja, utilizada como pano para proteger os interesses de uma minoria bastante afortunada, levando em conta ainda a manutenção do poder moderador.

Contudo, em período não muito anterior a esse, com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, em rota de fuga da expansão napoleônica que lhe batera as portas em Portugal, chegou ao Brasil em 22 de janeiro de 1808. E em maio, no dia dez, do mesmo ano, instituiu a Casa de Suplicação do Brasil, sendo este um órgão

judicial de cúpula, que perdurou até o ano de 1828-1829, com a qual foi substituída pelo Supremo tribunal de justiça. (PEIXOTO, 2012, p. 109)

Como consequência do poder moderador, as autoridades dos demais poderes eram submetidas/restringidas ao rigor do centralismo do imperador, ao poder judiciário não era diferente, além de não ser um poder independente( art. 163, CF 1824), não eram garantidos os benefícios da magistratura( inamovibilidade, vitaliciedade a irredutibilidade de subsídios), e ainda, quando havia interesse do império envolvido, as decisões dos juízes eram discutidas pelo executivo, ou seja, esse poder tomou para si a atribuição de interpretar as leis, trazendo instabilidade para as decisões do judiciário e a jurisprudência.

Donato (2006, p. 19), sobre essa situação do poder judicial, traz o seguinte posicionamento:

Só em 23 de outubro de 1875, o Supremo Tribunal de Justiça foi autorizado a tomar assentos, segundo as Ordenações do Reino, o que significava que este tribunal poderia julgar definitivamente as causas em que concedesse revista, conseqüentemente unificando a enorme jurisprudência.

O art. 163 da CF 1824 previa a criação do Supremo Tribunal de Justiça da seguinte forma:

Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, 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 Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.

Diante disso, Peixoto (2012, p. 110) declara:

Em 11 de outubro de 1890, após quase um ano da proclamação da República, o Decreto nº 848 criou o Supremo Tribunal Federal, incumbido de exercer o controle de constitucionalidade difuso, nos moldes dos Estados Unidos da América que tanto influenciaram o jurista Rui Barbosa. No decurso do século XX, o Supremo Tribunal Federal incorporou gradativamente os mecanismos de controle concentrado europeu para adotar um sistema misto.

Um ano mais tarde seria promulgada a **Constituição de 1891**, em 24 de janeiro, a primeira Republicana, presidencialista e que aderiu a forma federativa de composição dos Estados. Esta atribuiu mais liberdade e autonomia aos Estados além de conferir competências que teriam prioridade sob as da União.

Apesar disso, esta Constituição trouxe grande concentração de poderes para o Executivo, principalmente prejudicando o legislativo que se limitava à votação do orçamento anual; lidava com os tratados internacionais; regulava o comércio interno e externo; declarava o estado de sítio; concedia a anistia; e a atividade legislativa ficava restrita a matéria de competência da União; entre outras atribuições.

O Poder antes judicial, agora judiciário, ganhou a autonomia e independência para melhor exercer sua atribuição de julgador, sem as possíveis censuras legais. Pois agora estavam cingidos pela constituição de garantias da irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, salvo a perda por sentença condenatória. (artigo 57, caput e § 1º, CF 1891)

Foram instituídos a justiça Estadual, Federal e consagrou o decreto de Campos Sales (decreto nº 848), que criava o Supremo Tribunal Federal e que juntamente com os juízes federais compunham a Justiça Federal (art. 55, CF 1891). Aos juízes e tribunais federais competia julgar os processos que fossem articuladas em questionamento que envolve-se a Constituição e as de interesse da União; os crimes políticos e os contra a União; causas em que as partes fossem entre um cidadão e um Estado da Federação; direito marítimo; entre a União e Estado Estrangeiro, contratos ou tratados internacionais.

Ao Supremo Tribunal Federal competia julgar o Presidente da República e Ministros nos crimes comuns; conflitos entre União e Estado, ou entre Estados; entre Estado estrangeiro contra União, em relação a contratos ou tratados internacionais. Vale destacar que, o texto, antes disposto na Constituição de 1824, não conferia, neste outro momento, o poder ao Executivo para a suspensão de juízes.

A Constituição de 1891, no seu art. 56, estipulava os seguintes moldes para o Supremo Tribunal Federal:

Art 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, 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;

Não obstante, o art. 32 da mesma Constituição, assegurava ainda uma possibilidade maior dos indicados pelo Presidente serem mais propícios a aceitação:

“Art 32 - **O Vice-Presidente da República será Presidente do Senado**, onde só terá **voto de qualidade**, e será substituído, nas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente da mesma Câmara. (sem grifo no original).”

Deve-se ter em conta que não havia disposição constitucional que impedia o exercício de atividades político-partidárias pelos juízes, e que alguns assim o exerceram, contaminando as decisões com parcialidade e favorecimentos. Percebe-se então que, embora o poder judiciário, tenha alcançado uma certa autonomia, ainda assim, estava sujeito a interferência do Executivo imputando a vontade do Presidente da República e de seu respectivo partido, conseqüentemente.

Num turbilhão de eventos internos, tais como, as revoluções de 1930, o golpe de Getúlio Vargas, que pôs fim a política do café com leite, quando impediu a posse do candidato eleito Júlio Prestes, fez com que ele se tornasse o governante provisório do país. A revolução constitucional de 1932 com o levante armado paulista contra o governo provisório de Getúlio Vargas, que tinha como um dos objetivos a organização de uma Assembleia Constituinte, embora perderem no campo de batalha a requisição desse objetivo acabou sendo acolhida. Tem-se ainda os fatores externos, como o fim da primeira guerra mundial e a crise de 1929, que causou o grande “*Crash*” da bolsa de valores de *New York*, causando grande prejuízo econômico, principalmente para os vendedores de café paulistas. **Surge a constituição de 1934.**

No que tange ao poder judiciário, criou-se a justiça Eleitoral e a Militar; mantêm-se a proposta dualista, que seria a manutenção da divisão entre justiça Estadual e Federal; foi criado o mandado de segurança.

A Constituição de 1934 trouxe denominação diferente para seu tribunal constitucional, de Supremo Tribunal Federal para Corte Suprema. Na esteira, em seu art. 73, configurava o número de ministros em onze, sendo possível, por proposta da própria corte, e mediante lei, aumentar o número até o máximo de dezesseis ministros. No que pese a nomeação e requisitos para a ocupação do cargo o art. 74 trazia o seguinte:

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.

Nota-se que a Constituição inovou no sentido de impor determinada idade para ocupar a maior corte brasileira e da mesma forma estabelecia tempo limite, com

a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade. Não obstante, manteve aos magistrados as garantias da magistratura estabelecidas na CF de 1891. O art. 64 da Constituição em pauta deferia as seguintes garantias aos magistrados:

Art 64 - Salvas as restrições expressas na Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes:

a) vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido, ou aposentadoria, a qual será compulsória aos 75 anos de idade, ou por motivo de invalidez comprovada, e facultativa em razão de serviços públicos prestados por mais de trinta anos, e definidos em lei;

b) a inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos Juízes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público;

c) a irredutibilidade de vencimentos, os quais, ficam, todavia, sujeitos aos impostos gerais.

Parágrafo único - A vitaliciedade não se estenderá aos Juízes criados por lei federal, com funções limitadas ao preparo dos processos e à substituição de Juízes julgadores.

Impôs aos magistrados certos limites ao exercício da magistratura que poderiam atrapalhar ou promiscuir a neutralidade dos julgamentos destes. Sendo assim os artigos 65 e 66 da mesma Constituição, trouxeram posicionamento antes não observado pelas constituições anteriores sendo eles:

Art 65 - Os Juízes, ainda que em disponibilidade, não podem exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição. A violação deste preceito importa a perda do cargo judiciário e de todas as vantagens correspondentes.

Art 66 - É vedada ao Juiz atividade político-partidária.

Sobre o art.79, que criava o tribunal especial com funções bem parecidas com as da Corte Suprema, Poletti (2012, p.41 e 42) esclarece o seguinte:

Uma criação interessante da Constituição de 34 era o Tribunal Especial, presidido pelo Presidente da Suprema Corte e composto de nove juízes, três dessa última Corte, três senadores e três deputados, com competência para julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros da Suprema Corte, dos Ministros de Estado, quando em conexão com os do Presidente da República (art.58, § 7o). A Constituição delegava à lei a criação de tribunais federais quando assim o exigissem os interesses da Justiça (art. 78). Criava, todavia, um tribunal (seria o nosso Tribunal Federal de Recursos), cuja denominação e organização a lei estabeleceria, composto de juízes nomeados pelo Presidente da República, com iguais requisitos dos da Suprema Corte (art. 79).

Havia, porém, interessante dispositivo atinente à nomeação de juízes federais, escolhidos pelo Presidente da República, em lista quántupla, entre

os indicados por escrutínio secreto pela Suprema Corte (art. 80, parágrafo único).

Embora tenha sido a constituição de menor vigência no país, percebe-se que algumas instituições seriam levadas por uma carga genética e se manifestariam em futuras constituições como a 1946 e a de 1988, deixando seu legado jurídico.

**A Constituição de 1937**, conhecida como Polaca, segunda constituição outorgada do Brasil, criada com intuito de manter o poder de Getúlio como soberano, ou seja, centralizadora, com o intuito de evitar a “ameaça comunista” que se espalhava pelo mundo com o prosseguimento da segunda guerra mundial. Esmagando as revoltas que ocorriam no Rio de Janeiro e em Natal, usou-as como motivo para a criação da lei de segurança Nacional que permitia suspender a constituição de 1934.

Esta constituição foi a arma utilizada para concretizar o golpe do Estado Novo, tendo como estopim a disseminação do plano “*Cohen*”, que seria uma espécie de plano para instaurar no Brasil uma república soviética. Com isso o ministro da guerra e o chefe das forças armadas encaminharam pedido para decretação do estado de guerra. Alguns dias depois Vargas, com vários apoiadores poderosos, fechou o congresso e outorgou a nova Constituição em 10 de novembro. Esta que foi emendada onze vezes e que se questiona se realmente o texto constitucional chegou a entrar em vigor, visto que várias passagens de seu texto foram ignoradas pelo então “Presidente”.

No que tange ao poder judiciário nessa Constituição, as garantias constitucionais da magistratura foram mantidas (art. 91, CF 1937). O art. 98 mantém os requisitos para a escolha do ministro do supremo como vistos na Constituição anterior, com a exceção de que o máximo da idade para ocupar o cargo seria de cinquenta e oito anos de idade e que a aprovação dependeria do Conselho Federal (substituto do Senado Federal).

Sobre a nomeação dos ministros e a atadura do poder judiciário, comenta Peixoto (2012, p. 111) o seguinte:

No governo provisório de Vargas (03 de novembro de 1930 a 20 de julho de 1934), houve a nomeação de sete ministros sem a prévia aprovação do Senado Federal. Durante o Estado Novo, em 11 de novembro de 1940, o Decreto-Lei nº 2770 atribuiu ao Presidente da República a anômala competência de nomear, por tempo indeterminado, dentre os ministros da Corte, o Presidente e o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. Além disso, Vargas nomeou mais quatorze ministros sem a chancela prévia do Conselho Federal, apesar da previsão dos artigos 97 e 98 da Carta de 1937.

A Carta ditatorial proibia, ainda, o Poder Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas (artigo 94), bem como de atos praticados em decorrência de estado de emergência ou de guerra (artigo 170). Somente por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Em suma percebe-se que o Presidente detinha total controle sobre o Estado e de suas instituições, passando diversas vezes por cima da Constituição e da democracia, ou seja, embora houvesse garantias, deveres e obrigações conferidos pela Carta Magna, Getúlio Vargas reservava o direito da última palavra a si próprio.

Getúlio Vargas foi deposto em 29 de outubro de 1945, através de uma ação militar que pôs fim ao Estado Novo. José Linhares, presidente do Supremo tribunal Federal, o substituiu enquanto eram realizadas eleições e dentro de 3 meses passava o comando para o presidente eleito Eurico Gaspar Dutra. Este, através de uma assembleia constituinte, que como falado anteriormente bebeu bastante da fonte que elaborou a Constituição de 1934, promulgou a nova Constituição em 18 de setembro de 1946.

Quanto ao poder judiciário na **Constituição de 1946**, houve melhorias no setor judiciário eleitoral; as garantias da magistratura mantem-se as mesma das duas constituições anteriores (elencados no art. 95 da CF 46); as vedações ao magistrados também se mantem, salvo o inciso II do art. 96 da CF em análise, que veda receber, sob qualquer pretexto, percentagens, nas causas a seu despacho e julgamento.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, a nomeação ainda ficou restada ao Presidente da república, depois de aprovada por maioria simples pelo Senado Federal, dentre brasileiros, maiores de trinta e cinco anos, notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 99). O número de ministros manteve-se em onze, contudo, devido ao golpe militar de 64, foi alterada para dezesseis, com o ato institucional nº 2 de 27 de outubro de 1965 (art. 98) e a aposentadoria se tornou compulsória aos setenta anos ou por invalidez comprovada e facultativa após trinta anos de serviço (art. 95. §1º).

**A Constituição de 1967** foi promulgada em 24 de janeiro daquele ano. o congresso nacional, obrigado pelo ato institucional nº 4 que conferiu poderes constituintes para tal feito. Vale ressaltar que o golpe militar ocorreu em 1964, no governo de Joao Goulart( Jango), com a motivação mais uma vez, e entre outros, de reter o avanço do comunismo no Brasil. Num governo até então provisório, mas que em 1965 cancelou as eleições presidenciais, Castelo Branco, estendeu seu mandato

até 1967 e fez ser promulgada a Constituição de 1967. Constituição essa que era autoritária e submetia os demais poderes ao executivo, além de ter fortalecido a sua competência para legislar. Aponta-se ainda a emenda constitucional nº 1 de 1969 que alterou grandes coisas na Carta, considerada por muitos doutrinadores como um novo texto Constitucional.

No enfoque do poder judiciário, mais precisamente sobre o Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal de 1967, antes da emenda de 1969 instituía dezesseis ministros e logo depois voltou a ser onze (art. 118 da emenda de 69) , com os mesmos requisitos de escolha da constituição anterior(art. 118, parágrafo único, emenda de 69) , com o mesmo tempo para a aposentadoria compulsória e era disposto no texto “as mesmas garantias da magistratura” já conhecidas das demais Constituições ( art. 113 da emenda de 69).

Contudo, como esperado de regimes ditatoriais, o Supremo Tribunal Federal ficou limitado de atuar com sua força total e autonomia, principalmente depois da decretação da emenda institucional nº 5 por Arthur Costa e Silva em 13 de dezembro de 1968, onde os poderes do governo militar foram ainda mais acrescidos e os direitos e garantias dos demais foram suspensos. E isso ocorreu até a redemocratização do Brasil a partir de 1985, contexto do qual a última constituição brasileira seria promulgada três anos depois, abarcando vários direitos que foram deixados aparte durante o regime ditatorial militar.

## 1.2 O PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO COMPARADO

Antes de completar a análise do histórico das constituições brasileiras com enfoque na temática deste trabalho, cumpre escalar a análise da última constituição brasileira tendo-se em conta outras formas de composição da corte constitucional alienígenas aos modelos brasileiros vistos até então.

De antemão, cabe esclarecer o elemento que pode trazer confusão mediante terminologia utilizada para se referir ao ente imbuído da defesa e interpretação da constituição do país. Alguns tratam como tribunal e outros como Corte. Contudo, estes não podem ser tratados da mesma forma. Brito (2017, p. 39) traz o seguinte esclarecimento:

De acordo com Araújo (2009), a jurisdição constitucional pode seguir o modelo de Tribunal Constitucional ou de Corte Constitucional, nos dois sistemas a função é resolver conflitos relativos a leis criadas por um Estado. Dessa forma, quando se origina um órgão exclusivo para tratar de assuntos constitucionais, nasce um Tribunal Constitucional. Por outro lado, quando há no topo do Poder Judiciário um órgão capaz de tratar de questões em última instância de julgamento, resolvendo os mais diversos assuntos, além, de decidir sobre questões constitucionais, tem-se uma Corte Constitucional. Os Tribunais Constitucionais adotam o modelo europeu kelseniano, por outro lado, as Cortes Constitucionais foram criadas nos Estados Unidos. Assim, cada país utiliza o sistema que melhor lhe convém.

Na esteira, iniciar-se-á com o **modelo Espanhol**. Trata-se de um Tribunal Constitucional, cujos membros que a compõem são num número de doze nomeados pelo Rei, sendo que um terço é sob proposta do Congresso, outro terço pelo Senado, e o ultimo terço é dividido em um sexto para o Governo e o outro para o Conselho Geral do Poder Judiciário, para mandato de nove anos, e haverá renovação das cadeiras por terça parte a cada triênio ( art. 159,nº 1 e 3). Ressalta-se que os ministros permanecem no cargo até que o seu sucessor tome posse, diferentemente do Brasil, no qual o cargo fica vago.

Os nomes para as indicações serão tirados dentre magistrados, membros do MP, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, com notável saber jurídico e mais de quinze anos de exercício da profissão (art. 159, nº 2, CF78 da Espanha). O presidente do tribunal pode ser nomeado entre os membros do próprio tribunal pelo Rei, por um mandato de três anos (art. 160). Os membros do tribunal serão independentes e inamovíveis, não podendo exercer as funções incompatíveis

com o cargo (não diferente das vistas nas Constituições brasileiras). (art. 159, nº 4). Peixoto (2012, p. 65), sobre o processo de nomeação dos ministros na Espanha comenta:

No processo de composição do Tribunal Constitucional espanhol, o grau de participação dos três poderes é diferenciado, havendo nítido predomínio parlamentar. Fernandez Segado menciona o perigo da politização do Tribunal espanhol, já que o partido majoritário poderia controlar esse processo, desfigurando de jurisdicional em predominantemente política a atuação daquela Corte.

Favoreu confirma o receio de Segado ao registrar que, apesar das precauções tomadas, as designações dos juízes foram substituídas por negociações entre as formações políticas,

**O modelo Italiano**, no art. 135, determina que o Tribunal Constitucional, componha-se de quinze membros (pode se acrescentar mais dezesseis juízes para julgamento do Presidente da República) sendo que um terço é nomeado pelo Presidente, outro pelo Parlamento e os demais pelas Supremas Magistraturas. São escolhidos dentre magistrados de tribunais superiores e administrativos, professores e advogados desde que tenham um mínimo de 20 anos de exercício.

Os juízes desse tribunal têm mandato de nove anos vedada a recondução, sendo o cargo incompatível com funções assemelhadas as com que se vê nas brasileiras. No que tange ao presidente do tribunal, é escolhido dentre os membros do tribunal, para mandato de três anos, permitida a reeleição nos limites dos nove anos de mandato. Mandado este que quando acaba o seu ocupante cessa de exercer a função. Os juízes não se renovam de uma vez, a mudança é gradual, um por vez.

**No modelo austríaco**, a estrutura é composta de doze membros com seis suplentes nomeados pelo Presidente da República dentre juízes, funcionários de faculdades de Direito. O exercício do cargo é incompatível com cargos no governo federal, estadual, nos Conselhos, integrante de Corte ou partido político. O cargo é vitalício com aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. Peixoto (2012, p.73) comenta que as indicações refletem uma representatividade proporcional aos partidos políticos representados no Parlamento e que mesmo a grande quantidade de membros indicados pelo Presidente é ajuizado por certo pacto entre os partidos maiores.

**No modelo francês**, o art. 56º determina que o Conselho Constitucional terá nove membros cujos mandatos equivalem a nove anos, renovada por terços a cada três anos, assemelhando-se a Constituição espanhola anteriormente vista.

Destes nove, um terço é nomeado pelo Presidente da República, outro um terço pelo Presidente da Assembleia Nacional e os demais pelo Presidente do Senado. Além desses nove, participam ainda os ex-presidentes da república em caráter vitalício (cargo de certa forma decorativo pois não há muita atuação).

No que tange ao presidente do Conselho, é nomeado pelo Presidente da República, e tem o voto especial, para desempate. As incompatibilidades da magistratura são as de cargos no executivo e legislativo e outras definidas por lei orgânica. Não apresenta requisitos de idade, capacidade ou profissional, sendo assim um cargo extremamente politizado.

Sobre o conselho Constitucional, comenta Brito (2017, p. 47) que:

Conforme citado acima, modelo escolhido pela França não abarca a jurisdição constitucional, a princípio, o Conselho Constitucional francês utilizava-se apenas do controle prévio, analisando a Lei antes dela entrar em vigor. Cabe mencionar, que a partir de 1970 a corte passou a ter maior liberdade de atuação, e sendo implementadas perante o conselho, técnicas de interpretação constitucional. No entanto, houve inúmeras críticas de parte da doutrina conservadora, que alegam a possibilidade de usurpação de poder pelo conselho (BARROSO, 2007). “Somente após a Reforma Constitucional de 2008, de modernização das instituições da V República, passou-se a prever um controle a posteriori, com características mais assemelhadas ao europeu, do que ao americano. “(F. NASCIMENTO, B. RAMOS, M. MARTINS, 2016, p. 62), a França é um país que por razões históricas via a fiscalização de constitucionalidade com certa hostilidade.

**No modelo português**, o art. 222º, da Constituição portuguesa de 1976, estabelece que o Tribunal Constitucional será composto por treze juízes, sendo dez escolhidos pela Assembleia da República e os demais escolhidos por eles assim como o Presidente do Tribunal. Destes treze, seis devem ser escolhidos dentre juízes dos demais tribunais e juristas com títulos acadêmicos. O mandato é de nove anos vedada a recondução, sujeitos as garantias e incompatibilidades já conhecidas deste trabalho.

Da mesma forma, esta Constituição não estabelece requisitos de idade. E com relação a pouca participação dos demais poderes nessas indicações comenta Peixoto que:

Correia relata que existiram críticas ao modo de composição do Tribunal Constitucional, sobretudo devido à ausência de integrantes designados pelo Presidente da República e pelo Poder Judiciário (Conselho Superior da Magistratura ou dos Supremos Tribunais). No entanto, as críticas diminuíram com o tempo, podendo-se afirmar que a grande maioria dos constitucionalistas e políticos portugueses defende que o atual modo de designação atende aos anseios do sistema de jurisdição constitucional moderno. (PEIXOTO, 2012, 64 p.)

**No modelo alemão**, o Tribunal Constitucional, de natureza política, compõe-se de dezesseis membros divididos em dois senados que serão eleitos oito pelo Parlamento Federal e os demais pelo Conselho Federal, de igual hierarquia, para mandato de doze anos vedada a recondução. Três membros de cada Senado deve ser escolhido dentre juízes de tribunais federais com no mínimo três anos de exercício, e os demais membros de cada senado devem ser dentre pessoas com diploma para exercer a magistratura com idades mínima de quarenta anos e máximo de sessenta e oito anos( o requisito de idade é para todos).

Os juízes gozam das garantias constitucionais típicas da magistratura e não poderão exercer as funções incompatíveis como de pertencer ao Parlamento, Conselho Federal, ou equivalentes em órgão do Estado, ou ainda qualquer outra atividade laborativa salvo a de magistério. O presidente e o vice-presidente do Tribunal serão escolhidos alternadamente pelo Parlamento e pelo Conselho Federal.

A ideia para a criação do Tribunal Constitucional deveria ser que ele não fizesse parte da estrutura dos poderes dentro o Governo, pois a má experiência do nazismo na Alemanha, trouxe bastante receio sob aqueles que estão interpretando a Constituição, principalmente se o Presidente de alguma forma estiver ligada a isso. Desta forma Brito (2017, p.45) confirma tal argumento no seguinte comentário:

Hans Kelsen foi um dos principais juristas que exerceram influência na corte alemã, em oposição ao modelo de corte norte-americana, o autor, em 1920, começa a desenvolver a ideia de um tribunal exclusivo para o desempenho da jurisdição constitucional (SAMPAIO, 2006). "A vantagem fundamental de um tribunal constitucional seria que, desde o princípio, ele não participava do exercício do poder, nem se colocaria como antagonista, fosse em relação ao parlamento, fosse ao governo.

**No modelo Estado-unidense**, a Corte constitucional é composta por nove juízes e são indicados pelo Presidente da República, mas são aprovados pelo Senado, por maioria simples, para cargo vitalício. Na constituição não existem requisitos mínimos para concorrer ao cargo, ou seja, é independente de exigibilidade de diploma, de idade máxima e mínima (normalmente o juiz permanece no cargo enquanto se sentir apto para tal, ou, claro, nas demais possibilidades legais, como o *impeachment*), da profissão desempenhada, contanto que seja cidadão natural. Contudo, deve-se ter em conta que as nomeações têm um viés de disputa política.

Nesse sentido, afirma Peixoto (2012, p.100) que:

O processo seletivo do Justice da Suprema Corte, antes restrito à Presidência da República e ao Senado sem muita publicidade ou controvérsia, se tomou uma verdadeira campanha eleitoral. Nas últimas três décadas, a cobertura ao vivo das audiências do Senado, a enxurrada de comunicados da imprensa, as pressões dos grupos de interesse, as propagandas de rádio e televisão, e as pesquisas de opinião pública caracterizaram as indicações.

O quesito disposto acima aparenta que houve uma “pejorativização” do processo de escolha do “*justice*” dando-se tamanha exposição midiática, e transmitindo a rixa política envolta da eleição. Contudo, por outro lado, percebe-se que dessa forma também há uma aproximação desse procedimento, (antes se resumia a participação do Presidente e do Senado), para mais perto da população comum, ou seja, habilita maior participação e envolvimento do povo no processo de eleição.

Sobre o presidente da Corte, é escolhido pelo Presidente da República dentre os membros do próprio tribunal ou não, caso não pertença ao tribunal ainda sim irá gozar da garantia da vitaliciedade. No que tange às garantias constitucionais, não se exaltam além do que já foi abordado, sobre as garantias da magistratura e sobre as incompatibilidades.

Grande evento é a Sabatina realizada pelo Comitê, onde é debatido temas polêmicos, com o intuito de averiguar o posicionamento do candidato ante a tais questões, e isto é feito de forma exaustiva e só depois dessa sabatina é que o candidato está realmente pronto para a votação no Senado. Peixoto (2012, 99 p) comenta ainda o principal fator de confirmação ou rejeição tem sido a ideologia do candidato, o que denota mais uma vez o que já foi dito, é um cargo político.

Outro ponto importante é que não só a Constituição americana mas também a alemã, foram fontes de inspiração para vários países inclusive o Brasil que refletiu, em sua Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, por estabelecer o controle de constitucionalidade, difuso e coletivo e, com isso, dando maior autonomia e participação do poder judiciário na formação do Estado/Governo. Com enfoque no modelo americano, Brito (2017, p. 43) traça um comentário alinhado com outros autores, que pontuam uma preocupação com essa liberdade conferida aos juízes americanos:

Como já mencionado, o principal legado deixado pela Suprema Corte Americana foi a capacidade de o judiciário rever os atos dos demais poderes. Por outro lado, o surgimento do controle de constitucionalidade despertou

algumas críticas, pois ao atribuir o poder de decisão nas mãos dos magistrados, há a possibilidade de uma atuação eminentemente política, propiciando decisões alheias a vontade do Estado.

Tassinari (*apud* Brito, 2017, p. 43) comenta ainda que:

A supremacia judicial que caracteriza a fase atual do judicial review não é considerada um avanço por todos juristas norte-americanos. Na verdade, grande parte da doutrina tem justamente se dedicado a analisar esse fenômeno com o intuito de questionar se tal postura seria compatível com as bases constitucionais e democráticas do país. É claro que nem de longe esse olhar crítico sobre a atuação do Judiciário pretende retomar a compreensão de jurisdição presente no pensamento de Thomas Jefferson (juízes máquinas); entretanto, é inegável que, mesmo em um país cuja base jurídica seja a common law, muitos autores tenham investido na tentativa de encontrar alternativas para se colocar freios à atividade jurisdicional. Em meio a tudo isso, há quem afirme que a necessidade de limitar o poder das Cortes está vinculada à importância de se retomar o debate do significado de rule of law. Isso porque a atual prática judiciária tem cada vez mais se afastado da ideia de soberania popular, em prol da defesa de um governo de (e talvez para) juízes.

Tal assunto será mais aprofundado em capítulos posteriores.

Diante de todo o exposto, sobre a análise das Constituições alienígenas em comparação brasileira, cumpre trazer as seguintes ponderações: de um escopo geral, (trazendo a este comentário outras constituições que aqui não foram trazidas mas que também foram ponderadas) todas estas Constituições agregam vários elementos para exercício do cargo da corte ou tribunal Constitucional prezando para que estes sejam autônomos, que se atentem pela neutralidade (neutralidade teórica, pois muitos processos aqui tragos pontuam escolhas politizadas para o cargo) dos julgamentos, que tenham renomada experiência para o exercício da função (embora algumas não citem tal requisito, porém não é presunção deduzir que os responsáveis pela escolha se atentem ao mínimo pela competência do possível julgador constitucional); e, por último, e talvez o requisito mais contraditório, o caráter político da escolha, pois é um cargo nomeado, e não é passível de se considerar que alguém escolhido para tal cargo não tenha um mínimo de tendência para quem o elegeu e vice versa.

Por fim, no que versa sobre a vitaliciedade percebe-se que existem aqueles que adotam mandatos e outros não e que entre outras Constituições do mundo, o mandato é minoria, contudo percebe-se que existe dentre as nações mais desenvolvidas algumas que adotam o mandato para seu órgão constitucional, o que

faz com que esse tipo de exercício seja bem ponderado com relação a eficácia , ainda mais para um tribunal de tamanha competência e eleito com tamanha política.

### 1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Neste tópico será demonstrado, além das previsões constitucionais sobre o tema em questão, também legislações infraconstitucionais que tocam no assunto.

Primeiramente falar-se-á do tópico deixado em aberto no item 1.1. A Constituição de 1988 foi promulgada em 5 de outubro, conhecida como a constituição cidadã, por assegurar vários direitos que foram deixados de ser observados durante a ditadura militar. Procurou-se nesta Constituição, consagrar direitos que não poderiam ser mudados por emenda, salvo para melhorar, conhecidas como cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4<sup>o</sup> (forma federativa; o voto direto, secreto e universal; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais).

Ainda buscou um enlace entre os três poderes, que, ainda que autônomos e independentes, poderiam ainda sim ter coesão e coerência entre si, ou seja, fiscalizando os atos e comportamentos de outros poderes para que não houvesse invasões de competência ou ainda, que se atentaria contra a constituição e a leis infraconstitucionais.

No que tange ao poder judiciário, houve uma expansão com relação a estrutura haja vista a criação dos tribunais federais regionais e do Superior Tribunal de Justiça, que hora adquiriu competências do Supremo Tribunal Federal hora tomou aquelas de competência do tribunal federal de recursos. Nota-se que o poder judiciário se tornou um símbolo de que as garantias que não foram observadas pelos demais poderes, poderiam ser questionados e ou obtidos em um processo judicial, ou seja, o Poder judiciário se tornou o garantidor dos direitos e deveres dos integrantes do Estado democrático de direito.

No que tange as garantias e incompatibilidades da magistratura, elas estão elencadas no art. 95, não trazendo novidade elementar além do que foi visto nas demais constituições.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do

tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Já no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional brasileira, seguiu bastante a linha da constituição americana cuja qual é clara a inspiração, mas que também se manteve em alguns parâmetros de constituições brasileiras anteriores, que seja, o número de onze ministros(embora tenha havido variações durante o tempo, o número de onze ministros foi acolhido três vezes sendo elas nas Constituições 1934. 1937 e 1967/69) , a nomeação pelo presidente da república( que sempre se manteve deis do período republicano) , vitaliciedade, pois nunca estipulou mandatos, até agora, e a estipulação de critérios subjetivos para investir uma pessoa com a nomeação para o cargo, ressalvando apenas o critério de idade, que por fatores naturais, é um requisito objetivo. Assim dispõe o art. 101, o qual dispõe como se compõe o Supremo Tribunal Federal:

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

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

No que se refere as competências deste Tribunal elencadas primordialmente nos art. 102 e seguintes, ressalta-se as transpostas abaixo, pois são as que comprovam a força de intérprete da constituição que imbui o Supremo. Contudo, resta claro no mesmo artigo, as demais competências que o caracterizam como tribunal de última instancia judicial (recursos ordinários e extraordinários).

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Com respeito ao poder de sumular do STF, conferido no art. 103-A da Constituição, que tem como principal função unificar a jurisprudência para que não haja controvérsia entre os tribunais e estabelecer posicionamentos reiterados em demasia, Martins (2016, p. 18) esclarece o seguinte:

A Emenda Constitucional nº 45, inserindo o art. 103-A na Constituição, criou a súmula vinculante, indicando que o STF poderá de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que produzirá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[...]

Apesar de entender-se inconstitucional o instituto da súmula vinculante, uma vez que parece patente a violação aos princípios do juiz natural e do devido processo legal, a questão, de certo modo, já foi superada pelo STF, quando este entendeu constitucional a vinculação promovida pelas decisões tiradas em ações declaratórias de constitucionalidade.

A competência arguida no parágrafo único do art. 101, conferindo ao Presidente da República e ao senado, por maioria absoluta, serem autores da nomeação dos ministros está também disposta nos seguintes artigos da mesma Constituição:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:

a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;  
(sem grifo)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

Quanto a escolha do presidente e vice-presidente do tribunal, o art. 12 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal estabelece que: terão mandatos de dois anos, vedada a reeleição imediata; o quórum para eleição é de oito ministros; o eleito será aquele que obter número de votos superior a metade dos membros do tribunal; e que o mandato se estende até a posse dos sucessores, tendo finalizado o biênio. Nota-se que, em constituições anteriores, havia interferência na eleição do presidente e vice do tribunal, contudo agora, o voto é unicamente dos próprios membros.

Com espeque no parágrafo único do art. 101 da constituição em análise, nota-se que em relação ao Senado Federal sua participação se dá através de uma votação feita pelos seus membros, que antecede a nomeação em si, ou seja, os possíveis candidatos indicados pelo Presidente, antes passam por um processo de sabatina, e caso o candidato for aprovado pela maioria absoluta, estará apto para receber a nomeação.

O procedimento da sabatina está disposto no art. 383 do regimento interno do Senado Federal e consiste no seguinte:

Art. 383. Na apreciação do Senado Federal sobre a escolha de autoridades, observar-se-ão as seguintes normas:

I - a mensagem, que será lida em plenário e encaminhada à comissão competente, deverá estar acompanhada de amplos esclarecimentos sobre o candidato e de:

Num primeiro momento é ideal que a comissão especial que irá votar o nome dos candidatos tenha ciência e conhecimento do perfil profissional daqueles. Nesta esteira alguns documentos são de suma importância para caracterizar esse perfil como: O curriculum vitae do candidato contendo as atividades profissionais e o

tempo de exercício das mesmas e ainda as publicações de sua autoria, que demonstre conhecimento aprofundado e reconhecimento no meio profissional que se encontre; quanto a vida progressa profissional e penal, se está em dia com os tributos, se há ou não processos judiciais que envolva o candidato como parte, etc.; e uma apresentação escrita com argumentos do candidato que comprovem sua competência, capacidade intelectual, experiência e ética para o exercício do cargo.

Em segundo momento, a sabatina é momento muito especial pois é onde o candidato será amplamente interrogado pelos presentes e pela sociedade para averiguar suas intenções, ideologias, convicções e dar esclarecimento acerca de polêmicas de sua vida ou irregularidades que podem não condizer com o decoro exigido para o cargo. O artigo em análise, no seu inciso segundo, determina as etapas que devem ser seguidas da seguinte forma:

- II - o exame das indicações feitas na forma do inciso III do art. 52 da Constituição Federal seguirá as seguintes etapas:
  - a) o relator apresentará o relatório à comissão, com recomendações, se for o caso, para que sejam apresentadas informações adicionais;
  - b) será concedida, automaticamente, vista coletiva aos membros da comissão e divulgado o relatório por meio do portal do Senado Federal;
  - c) o portal do Senado Federal possibilitará à sociedade encaminhar informações sobre o indicado ou perguntas a ele dirigidas, que serão submetidas ao exame do relator com vistas ao seu aproveitamento, inclusive quanto à necessidade de realização de audiência pública em face das informações e indagações recebidas;
  - d) o relator poderá discutir com os membros da comissão o conteúdo das questões que serão formuladas ao indicado;
  - e) a comissão convocará o candidato para, em prazo estipulado, não inferior a 5 (cinco) dias úteis, ouvi-lo, em arguição pública, sobre assuntos pertinentes ao desempenho do cargo a ser ocupado (Const., art. 52, III);
  - f) para inquirição de candidato, cada Senador interpelante disporá de 10 (dez) minutos, assegurado igual prazo para resposta, imediata, do interpelado, facultadas réplica e tréplica, ambas também imediatas, por 5 (cinco) minutos;
  - g) o relatório será votado;

Com isso, deve ser feito um relatório com as informações do candidato e o resultado da votação formando um parecer que será analisado em sessão pública pelo Plenário. Por fim, a manifestação do Senado, qual seja, a votação, será comunicada ao Presidente da República, que poderá então nomear o candidato bem votado segundo sua subjetividade e interesse.

Em conclusão, o poder judiciário no Brasil evoluiu de várias formas, principalmente por fatores políticos, e estes movimentos sempre apelaram para a constituição para que essas mudanças fossem legalizadas, e ainda, por parte

daqueles que eram oprimidos e que viram a Constituição sendo desrespeitada, apelavam também a constituição para restituir tais direitos que foram ignorados. E é daí que vem o fortalecimento do poder judiciário, pois ele que era e é alvo do clamor das relações jurídicas frustradas, por parte dos membros do estado, das leis mau cumpridas ou abusivas, e que é através desse processo histórico conturbado que se pode entender a importância de uma corte ou um tribunal que se destina indubitavelmente na defesa da Constituição.

E sobre esse órgão Constitucional, devem ser reservadas as melhores medidas para assegurar um desempenho de excelência, a contar, além das competências que auferem autonomia e autoridade como poder para que faça valer suas decisões, também a ideal composição de seus membros através de um processo de escolha que afira maior representatividade, competência, moralidade e neutralidade em seus membros. É reprovável que a maior Corte brasileira detenha posicionamentos partidários e políticos que ignorem não só o interesse público, mas, também o direito, a justiça, a equidade e os demais valores entranhados nesta sociedade.

## **CAPÍTULO II – A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE PESOS E CONTRAPESOS**

### **2.1. A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**

Quando se coloca a abordagem de algum ente de poder em análise, no caso em questão o poder judiciário, é costumeiro que seja tomado em conta a afetação que esse ato ou atuação tem gerado nos demais poderes. O Estado se entende como uma formação de vários elementos, como o povo, o território e governo, que estes ainda se abrem em outras ramificações, como a tão conhecida divisão dos poderes, onde cada um, assumiu para si uma competência pra gerir o Estado, interna e externamente, em prol dos seus cidadãos.

Não indo muito atrás na concepção e formação das sociedades, no qual o homem vendo-se a mercê das intempéries históricas de seu planeta, se sujeitou a restrições em suas liberdades, para que esta mesma e outros direitos fossem ainda mais abundantes e bem resguardados, confiando assim a uma entidade criada por ele mesmo, para reger e determinar a convivência e a sobrevivência de sua sociedade.

Através da história, percebe-se que o processo de formação complexa da sociedade que hoje se conhece foi, às custas de demasiado tempo, fruto de lutas, derramamento de sangue, influência econômica, entre outros. Saindo de simples pequenas comunidades, a reinos, impérios, governos, tudo isso com a racionalização do pensamento e com a evolução do direito.

Doravante, muitas destas mudanças históricas podem ser imputadas a insatisfação com a forma de governo em que os indivíduos eram imputados, e neste ponto observa-se um elemento interessante, pois os governos são essa imposição coletiva sobre si mesmos para proteção e qualidade de vida dos próprios cidadãos, porem a execução dessa entidade criada depreende sua funcionalidade através de braços humanos, que, a seu momento, são suscetíveis de corrupção, e que por seu fim acabam desviando de sua finalidade.

A questão elementada é que o poder corrompe, mesmo os melhores e mais virtuosos dentre os cidadãos são suscetíveis a essa influência, e é natural que assim percebido esse fato, tende-se a tomar medidas para que os detentores do poder não

sejam colocados a distrito de qualquer fiscalização ou regulamentação, que viole o contrato firmado pela sociedade.

A teoria da separação dos poderes, muito relacionada com o Conde de Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, é tomada por muitos como sendo o surgimento desta concepção, contudo, nada falta mais com a verdade, pois, antes, John Locke já estabelecia conceitos, como assim ressalva Nascimento (2017, p. 14):

A necessidade de delimitar o novo arranjo dos poderes, com a vitória final das forças do Parlamento na Revolução Gloriosa, fez surgir a teoria da separação dos poderes esboçada primeiramente por John Locke. Foi a mesma Inglaterra que depois Montesquieu tomou de modelo, ou pretexto, para conceber a separação de poderes, em sua versão mais conhecida.

O autor citado ainda pontua que ainda mais anterior que Locke na era de ouro da Grécia antiga Platão e Aristóteles, já colaboravam com a ideia de separação das atividades dentro da polis. Platão, por exemplo, seguindo o caminho de seu mestre Sócrates, que em sua argumentação sobre como deveria ser a republica ideal, pontua que os cidadãos da polis devem ser aproveitados de forma que cada um se ocupe com o trabalho que o é mais apto para fazer, tão logo, negligencia a ideia de que uma pessoa deveria ter mais de um ofício sobre ele. Tendo ainda o fato, que embora fosse a favor de um líder único, um rei filósofo, sábio e com virtude para guiar a polis, não deixava de lado a substituição da democracia, e do exercício do cidadão ateniense em participar da política e dos interesses do estado, através dos debates nas Ágoras. (vê-se aqui uma distribuição de funções, executivo legislativo)

Aristóteles, por sua vez, através de uma análise mais científica das ciências políticas e das formas de Governo, coloca como ponto que, independentemente da configuração do governo da cidade-estado, se os líderes deste empreendimento desfigurarem os propósitos depositados sobre eles, ou seja, não atuarem em *pro societatis*, o fim será sempre o mesmo: o caos, a tirania, a ditadura. Não obstante dessa possibilidade defende a existência da divisão e controle do poder, para que não se fique tão à mercê da virtude do governante.

No que tange a John Locke, Nascimento (2017, p. 64), tece a seguinte reflexão:

O homem cria a sociedade política com o fito de garantir os direitos naturais, entre os quais o direito de propriedade. A sociedade política e, conseqüentemente, o poder político só se formam com o consentimento dos homens. Esta é uma ideia central na teoria política de Locke (80). O poder

político só pode ser exercido com o consentimento dos governados. O homem abre mão de parcela de sua liberdade no estado da natureza para ter assegurada, com maior efetividade, a própria liberdade e propriedade sob a proteção do poder político consensualmente aceito. Enquanto em Hobbes é o medo do caos que leva o homem a ficar sob a proteção do monarca absolutista, em Locke, é a defesa da liberdade e da propriedade que faz o homem consensualmente aderir à sociedade política e instituir um governo com divisão do poder político.

É claro que Locke foi afetado pelos acontecimentos que levaram a Revolução Gloriosa, evento este que manifestou o fim do absolutismo inglês e um aumento de poder por parte do parlamentarismo, representando a volta do poder para o povo. Sendo assim, em sua obra, *Dois tratados*, especificamente no segundo tratado, Locke traz a concepção naturalista de direito, e a ideia já anunciada neste texto, do contrato social. Desta forma, a sociedade deve ter um líder que respeite esses direitos, e para isso deve seguir as leis criadas pelo povo, por meio de seus representantes.

O autor em comentário assegura que deva existir uma separação entre os poderes, como pode-se ver na seguinte citação:

Pode constituir uma tentação demasiada grande para a fragilidade humana capaz de assenhorar-se do poder que as mesmas pessoas que têm o poder de elaborar leis tenham também em mãos o de executá-las, com o que podem isentar-se da obediência às leis que fazem e adequar a lei, tanto no elaborá-la como no executá-la, à sua própria vontade particular” (LOCKE, John. Op. cit., p. 515.) (NASCIMENTO, 2017, p. 69)

Locke, além do exposto, acalenta ainda a importância de um juiz que seja imparcial, seguindo os princípios conhecidos do juiz natural, e da não criação de tribunal de exceção, contudo não posiciona o poder judiciário como poder autônomo, mas sim como assegurador da vontade da legis e dos direitos cominados nela.

Curioso notar que o parlamentarismo e não o presidencialismo é que foi escolhido como modelo político-governamental pois, diferentemente daquele, este último, posiciona-se numa separação mais sólida do executivo e do legislativo, do que no parlamentarismo visto que neste existe uma interdependência entre tais poderes, ou seja, é sempre necessário que o líder do executivo esteja sendo favorável aos posicionamentos da maioria do parlamento, com risco de perda do mandato.

Partindo agora para outra figura, que de fato tem levado o brilho desta teoria a boca dos pensadores, tem-se que mencionar Montesquieu e sua obra “*O Espírito das Leis*”. Em sua busca pelas diversas formas de governo ao longo do globo e da

história, procurou encontrar as causas das leis que governavam o Estado. E foi a partir da Inglaterra pós a revolução Gloriosa, que buscou estabelecer um modelo de separação dos poderes, como também uma crítica ao absolutismo francês.

Nascimento (2017, p. 109) comenta o seguinte:

Ao contrário de John Locke, que concebeu a existência de três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Federativo, Montesquieu concebeu, em seu modelo, a tríade adotada pela ciência política moderna: Executivo, Legislativo e Judiciário. Inicialmente, o Poder Executivo é apresentado como o que trata do direito das gentes, ou seja, das relações com outros Estados nacionais, o que pode equiparar-se ao Poder Federativo na concepção de John Locke. Já o Judiciário, inicialmente apresentado simplesmente como poder de julgar, é o que trata do direito civil, ou seja, dos conflitos entre os particulares e os crimes cometidos. O Executivo e o Judiciário, cada um a seu modo, têm como função executar as leis aprovadas pelo Legislativo. “Existem em cada Estado três tipos de poder: poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre particulares. Chamaremos este último poder de julgar e outro simplesmente poder executivo do Estado”

No que tange ao executivo, embora não sendo a favor de completo controle por parte do monarca, sendo mais favorável a uma moderação com apoio da aristocracia, assim também defende que o poder executivo seja concentrado em um único indivíduo e seus auxiliares administrativos, pois assim os atos de execução poderão ser mais rápidos, e mais bem organizados se estiverem a comando de um ponto de vista.

Ao legislativo, representante dos indivíduos, deve haver a caracterização desses indivíduos em um círculo de deliberação legislativo a ponto de tecer o interesse geral da nação. Montesquieu se posiciona a favor do bicameralismo, contudo favorecendo a nobreza, ou seja, a aristocracia daquela época, atitude não tão condizente com as necessidades democráticas atuais.

Assim retrata Montesquieu (2000, p. 168) em sua obra, sobre este assunto:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie lei tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao

poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Sobre o poder judiciário, nada o coloca como poder autônomo, embora, da mesma forma que Locke, imputa ao judiciário a tarefa específica de dizer o direito, ou seja ser a boca da lei, sendo assim ressalta sua importância e defere algumas ressalvas sobre o caso, como se vê a seguir:

[...] pode arrasar o estado com suas vontades gerais e, como também possui o poder de julgar, pode destruir cada cidadão com suas vontades particulares".[...] o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do meio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requerer. Dessa forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem continuamente juizes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados.

[...]mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso de lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos. (MONTEQUIEU, 2000, p. 169 e 170).

Contemplando-se todos esses argumentos é viável que se tenha o seguinte pensamento: que pela separação dos poderes, tanto seria melhor a execução das atividades estatais, quanto refrear-se-ia o medo e os prejuízos que os sistemas onipotentes (junção dos poderes em apenas um indivíduo) poderiam causar aos direitos dos governados. Sendo assim não é ilógico pensar que se estaria formando uma espécie de controle, ou mesmo uma balança, entre os poderes, mesmo que nesse momento "inicial", estaria com enfoque na restrição do poder executivo.

Tavares (2017, p. 955), reflete sobre a discussão de quem foi o fundador dessa teoria, no seguinte comentário:

A própria autoria da doutrina é controversa. Há os que consideram, como MARCELLO CAETANO, ser LOCKE seu autor original. Outros, atribuindo a MONTESQUIEU a autoria da doutrina, consideram LOCKE mero precursor. Finalmente, há os que não admitem na obra de LOCKE nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de equilíbrio, mas apenas uma distinção das funções estaduais, como CARRÉ DE MALBERG. Tudo, segundo PIÇARRA, decorre da compreensão que se tenha sobre o que era a verdadeira (ou pelo menos originária) versão da teoria da separação dos poderes. "Só não verá em Locke um teórico da separação dos poderes quem partir de versões posteriores, que nesta doutrina incluam um poder judicial

autônomo e sublinhem ideias de equilíbrio entre os vários poderes do Estado, culminando num sistema de freios e contrapesos. Tais ideias são estranhas à versão originária da doutrina da separação dos poderes e decorrem da sua associação à ideia de constituição mista. Em Locke são ainda inexistentes ou incipientes, mas farão parte integrante das versões do século XVIII, entre as quais se destaca a versão da balança dos poderes 'amalgama de constituição mista, supremacia legislativa e separação dos poderes', em que se inspirará a versão de Montesquieu."

Diante de tais pensamentos de ilustres figuras que, cada um a seu modo, contribuíram para a formação desta teoria amplamente utilizada no direito contemporâneo, seja em grande ou larga escala, é necessário que se mostre seus reflexos. Logo, e por fim, partir-se-á para o exemplo estadunidense, que em sua constituição adotou com veemência tal teoria, e em seguida, na próxima subseção, ponderar-se-á o caso brasileiro.

Não é oculto que as ideias da teoria da separação dos poderes influenciaram a constituição americana de 1787, pois dessa forma poderiam também evitar os abusos cometidos por um monarca com total acumulação de poderes. Sendo assim, adotaram o Presidencialismo, forma mais rígida de separação do que o promovido pelo parlamentarismo, que embora aparente uma divisão vê-se que existe uma forte interdependência do executivo ao legislativo. E, embora contraditória, pois com tal fundamento o natural seria acolher o parlamentarismo, deve ser lembrado que foi pela guerra que estes conseguiram sua independência, e um exército sempre precisa de um líder, tanto é que o primeiro presidente foi Jorge Washington. Uma nação necessita de um líder para governar, desde que tenha sido posto pelo povo e governe para o povo.

Embora um sistema rígido por restringir a não aglomeração de cargos de poderes diferentes em uma pessoa só, o constitucionalismo americano evoluiu a ponto de possibilitar um trabalho mais interdisciplinar entre os poderes ao trazer o sistema de pesos e contrapesos (ou *balances and checks*), bebendo da fonte trazida de Montesquieu, no qual os poderes irão se auto reger, numa espécie de equilíbrio, no qual as atitudes dos poderes poderiam ser revistas ou questionadas pelos demais poderes.

No que tange ao Poder Legislativo, foi adotado um sistema bicameral, no qual tanto a população (Câmara dos representantes) quanto os Estados-Membros

(Senado/ Câmara Alta) estariam representados no processo de elaboração das leis no país.

O poder judiciário, com a possibilidade conferida aos tribunais e juízes, principalmente a Suprema Corte Americana, de realizar o controle de constitucionalidade, tornou-se efetivamente um poder de governo, colocando-se em pé de igualdade com o Executivo e o legislativo, deixando para trás aquela visão estacionária e de mera mecânica, que Locke e Montesquieu previam. Esta adoção serviu para assegurar ainda mais os direitos responsáveis pela formação do Estado e cumprimento do contrato social.

Esse tipo de controle ficou bem marcado nos Estados Unidos com o caso Madison x Marbury, que ressaltou ainda a marca de um direito constitucionalista. No caso em questão, Marbury havia sido indicado para juiz de paz do distrito da Colúmbia no último dia do mandato do presidente John Adams, claramente com o intuito de atrapalhar o próximo governo da oposição. Contudo, a documentação de William Marbury não ficou pronta no tempo determinado e sua nomeação ficou por responsabilidade do novo presidente Thomas Jefferson, que obviamente instruiu o seu secretário (James Madison) a não autorizar a posse ao que não haviam apresentado a papelada ao tempo do mandato do rival.

Marbury, insatisfeito, apresentou um *writ of mandamus* (mandado de segurança) à mais alta Corte Americana com o intuito de rever a posição do Secretário de Estado. Todavia, tal competência, não estava previsto na Carta Magna, mas, sim, em lei ordinária. Sendo assim, o Juiz Marshall, num conflito de competências entre duas leis, uma ordinária e a outra à Constituição, preferiu subordinar o resultado à Constituição. Vê-se aqui um dos primeiros casos de controle de constitucionalidade no país.

Sobre o caso Nascimento (2017, pg. 174 a 175) comenta o seguinte:

Mesmo reconhecendo o caráter vinculante do ato do Secretário de Estado, a decisão do Juiz Marshall não assegurou a posse de William Marbury no cargo de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, nem declarou a inconstitucionalidade da lei aprovada posteriormente pelo Congresso de maioria republicana que revogou a nomeação dos “midnight judges”, satisfazendo os desejos do novo Presidente e da maioria republicana.

Não houve julgamento do mérito da causa. O conflito de normas acima mencionado na decisão não foi entre a Constituição e a lei criadora do cargo de juiz de paz, mas sim entre a Constituição e a lei que estabeleceu a competência originária da Suprema Corte para apreciar e julgar um writ of mandamus contra o Secretário de Estado, o Judiciary Act of 1789.

Foi o acolhimento de uma preliminar de incompetência que assegurou a supremacia constitucional e a competência da Suprema Corte no controle da

constitucionalidade das leis. A Suprema Corte declinou da competência de julgar originalmente a ação proposta por Marbury, pois declarou inconstitucional o § 13 do Judiciary Act of 1789, que ampliou a competência da própria Suprema Corte expressamente prevista na Constituição. Em síntese, nos termos da decisão, a competência da Suprema Corte era matéria reservada à Constituição, não podendo ser ampliada por lei ordinária.

No Brasil, a primeira Constituição republicana de 1981 foi a que buscou na Constituição americana um modelo, se valendo da separação dos poderes, o modelo federalista e presidencialista, o sistema de freios e contrapesos e o controle de constitucionalidade difuso. Durante um longo processo histórico, ao se chegar a Constituição de 1988, visualiza-se um modelo que tomou forma própria, diferente de sua referência americana, trazendo por exemplo mais participação legislativa ao executivo (através das medidas provisórias, leis delegadas sem falar das medidas de relevância e urgência, e o poder de vetar leis), o multipartidarismo eleitoral a construção do Tribunal Constitucional brasileiro, um controle de constitucionalidade mais complexo, entre outras mudanças.

Para o estudo agora, compete analisar o Brasil com enfoque na teoria da separação dos três poderes, englobando ainda o sistema de pesos e contrapesos. Devido a isso, passa por ser uma figura inerente quando se fala em governança com separação que, existe coesão e a divisão é mera separação de tarefas e competências. Nada mais justo que um corpo coeso fique atento à atividade de seus membros.

Essa tripartição dos poderes no Brasil ocorre bastante de forma emaranhada, onde os atos são tomados por contra atos. Mas para entender isso é necessário segmentar a análise. Primeiramente, é necessário entender a relação do executivo com o legislativo pois, embora haja diferença entre o presidencialismo e o parlamentarismo, os mecanismos políticos de governança acabam não sendo novos, como pondera Nascimento (2017, p. 210 e 211):

Em ambos os sistemas de governo, presidencialista e parlamentarista, o Chefe do Executivo, Presidente ou Primeiro-Ministro, busca sempre formar maioria legislativa para aprovar as medidas necessárias ao cumprimento de seu plano de governo. Com tal objetivo, podem ser formadas coalizões partidárias com partidos políticos diversos daquele a que pertence e foi eleito o Chefe do Executivo. Somente quando o partido do Chefe do Executivo sozinho conquista a maioria absoluta das cadeiras do Legislativo, não há necessidade da formação de uma coalizão partidária de sustentação do governo.

A coalizão envolve, em um processo de negociação, a indicação pelos partidos de pessoas para ocupar altos postos do Executivo. Quanto mais elástica a coalizão, menor será a unidade programática dos partidos participantes e maior o risco de estabilidade. Esta tem sido a realidade da política no mundo.

O Brasil não fugiu a essa regra geral da política. Já na vigência da Constituição de 1946, a formação dos ministérios no nosso Presidencialismo visava, sobretudo, assegurar a maioria nas duas casas do Legislativo por meio da cooptação de partidos e dos governadores, sempre muito influentes nas respectivas bancadas estaduais do Congresso Nacional. As principais crises institucionais do período foram devidamente acompanhadas por uma falta de apoio parlamentar do Presidente da República.

Percebe-se então que os dois poderes estão bastante entranhados nessa relação do presidencialismo de coalisção, na qual o presidente precisa conseguir apanhadores no Congresso para fazer valer os seus atos de governo, ou seja, fazer suas mediadas provisórias virarem leis, aprovar projetos, reformas etc. Caso contrário, havendo antipatia mútua um irá utilizar de meios para embargar o outro nas suas atividades, vetos de lei, trancamento de pautas, e por aí em diante.

Noutro ponto, tem-se que os então “representantes do povo”, estão mais interessados em ideias secundárias em relação a população. Em outras palavras, embargam os planos do presidente em troca de jogos políticos de favores e cargos, ou para o partido ou para si próprios, o que, com certeza, amarra as mãos do Presidente, as vezes tendo que abrir mão de parte de suas propostas e promessa políticas para manter a coalisção até o fim do mandato e talvez uma reeleição.

Nascimento (2017, p. 215 a 217) comenta que um dos maiores responsáveis por essa amarração se deve principalmente a quantidade excessiva de partidos políticos, ou seja, se dá com a falta de organização eleitoral, pois essa quantidade, pode-se dizer excessiva ,tendo em vista a falta de caracterização de alguns deles, no sentido de quase não se manifestarem politicamente, ou de forma rasa, ou ainda copiando discurso de partidos maiores muitas vezes servindo apenas para vender seu tempo de tela durante o horário político, e que só acabam servindo para trazer mais vozes ao debate.

Esse tipo de configuração preocupa o autor, pois essa fragmentação partidária afeta na decisão de questões importantes para a sociedade e polemicas que são deixadas para lá aos moldes de Pilatos, pois o custo político é alto. O autor cita ainda:

Os vários partidos e facções defensoras de interesses localizados, na concepção de James Madison, não detêm isoladamente a maioria

parlamentar, mas possuem, na prática, o poder de veto em questões envolvendo diretamente seus interesses específicos (NASCIMENTO, 2017, p. 228)

O autor ainda coloca como solução uma cláusula de barreira, com o fim de restringir o número de partidos políticos com o fim de formar maiorias parlamentares, e adotar métodos mais rígidos para a representatividade. O fato é que, como a Constituição de 1988 é uma provinda de uma pós-ditadura, a ideia de restringir a representatividade torna-se um ponto difícil de processar, fato que levou as primeiras propostas a serem rejeitadas pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo a Proposta de Emenda a Constituição número 97 de 04 de outubro de 2017, trouxe a aceitação dessa clausula, já fazendo que no ano seguinte 14 partidos fosse afetados, limitando algumas capacidades a estes partidos.

O segundo ponto que deve ser entendido é a relação do judiciário com os demais poderes que será tratado no tópico a seguir.

### 2.3. A POLÍTIIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com a Constituição de 1988 e a volta da democracia após décadas de controle militar e da deturpação do direito que tão grandemente estremeceu os pilares da sociedade, o Poder Judiciário tomou nova forma. Nada menos foi apelidada de Constituição Cidadã, pois visava abarcar grande parcelas de direitos, princípios e normas quanto possíveis para proteger o cidadão, para fazer valer todos os abusos sofridos anteriormente. Nesse período, a figura de um judiciário garantidor de direitos começou a despontar de forma ativa que adotou uma forma paternal daqueles que são feridos e perdedores nos litígios.

A grande questão é que, entre a disputa entre o Executivo e o Legislativo, com o povo no meio deste fogo cruzado, o judiciário, agora repleto de mecanismos legais/constitucionais para fazer valer sua autoridade, tomou a responsabilidade de fazer valer a norma constitucional.

Trazendo um pouco da análise anterior, observa-se que o sistema político do presidencialismo de coalisção amarrado a um legislativo em boa parte repleto de segundas intenções, compromete a efetividade da máquina estatal que deveria estar

promovendo qualidade de vida aos cidadãos. O povo olha para o Presidente da República pedindo mudança e atitude mas, o que se encontra são meias promessa e nada mais; olha-se para o legislativo e tudo é demorado e quase nada se chega a bom consenso e ainda não poucas vezes políticos se omitem de discutir alguma questão para que não perca seu eleitorado. Esse vácuo de amparo é o que tem levado o Judiciário a adotar posicionamentos mais ativistas em prol de não negar a supervisão jurisdicional em virtude de lacuna na lei, ou de excessos que extrapolem a Carta Magna.

Peixoto (2012, p. 37) comenta a situação:

Goyard-Fabre, por sua vez, constata que: ( ... ) essa falha que Paul Ricouer chama de brecha de legitimação significa que o Poder que se diz democrático está habitado por uma crise fundamental, que nada mais é que uma crise de identidade: o povo soberano não se reconhece mais no aparelho do Estado que o governa.

Da mesma forma comenta Nascimento (divisão dos poderes, p. 229):

Com a judicialização da política, questões que deveriam ser decididas pelo princípio majoritário passam, cada vez mais, a ser decididas pelo Judiciário com base no direito, especialmente na interpretação da Constituição. A Constituição assegura aos juízes prerrogativas e garantias de independência que visam deixá-los imunes à política. A judicialização da política segue uma tendência mundial do constitucionalismo contemporâneo depois da Segunda Guerra Mundial, que se intensificou com o fim da Guerra Fria e o advento das cortes constitucionais.

Como comentar o autor, o constitucionalismo jurisdicional tem sido uma tendência. Contudo, este neoconstitucionalismo que vem aumentando, teoricamente, para fortalecer a democracia e não deixa-la ser subjugada pela força administrativa do Executivo nem permitir que o Legislativo vá além do que lhe foi autorizado pela Carta Magna, mesmo sendo a vontade da maioria, acarreta também em mais ativismo judicial, mais dificuldade contramajoritária (que se refere ao judiciário, mas mais precisamente o STF, adotando posicionamento a favor de minorias, que, conseqüentemente, vão contra a maioria), e com essa confiança e poder, ocasionar uma politização do judiciário, que por conseguinte pode evoluir para talvez sua última fase que seria o governo de juízes.

Em oposição a esse pensamento, não pode ser ignorado que esse papel demonstrado anteriormente pode ser benéfico, pois em consequência da ineficiência,

as demandas muitas vezes são mais rapidamente resolvidas pelo judiciário. As minorias não ficam tão prejudicadas ou a mercê da “boa vontade” da maioria, e podem fazer valer seu direito da mesma forma. O que de fato traz preocupação nesse proceder é a forma com que a Corte se vale para obter tal resultado, sendo ela muitas das vezes interpretações baseadas em princípios e interpretações valoradas de forma muito subjetiva do julgador, ou seja, é baseado na visão que este tem de justo. Além do mais, e se essa visão de justiça estiver deturpada?

Nascimento (2017, p. 235) assim comenta:

Com tal amplitude, é quase impossível precisar os limites entre o espaço interpretativo e a criação de normas inexistentes no ordenamento jurídico para a solução do conflito. O juiz não pode deixar de decidir o caso concreto a ele submetido sob a alegação de omissão do ordenamento jurídico. Isso requer criatividade na interpretação das regras e princípios com o fito de encontrar a solução jurídica dos casos difíceis. No processo criativo de interpretar o direito, o julgador passa a decidir de acordo com sua noção subjetiva do que é mais justo, podendo extrapolar os limites da função jurisdicional ao ultrapassar a imprecisa fronteira entre o interpretar e o criar. É o que chamamos de ativismo judicial

Assim também comenta Sarmiento (2015, p. 79):

A dificuldade contramajoritária reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação (14). Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de “poder constituinte permanente”, pois lhe permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito

Outro problema e que corrobora com a ideia da politização do Supremo Tribunal Federal, é a extrapolação deste tribunal em se achar autorizado para decidir questões claramente políticas, em que o natural seria, pela natureza da questão, ser tratada e debatida pelos representantes do povo haja visto não serem questões com resultado matemático mas sim muitas vezes polêmicas nas quais o debate é essencial.

Sarmiento (2015, p. 84) revela que existe uma tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia, haja vista que a intervenção judicial em temáticas voltadas a vantagem da maioria é, de certa forma, em benefício da própria sociedade, que em condição oposta gostaria de ser validado desta mesma intervenção. todavia

tem-se que o excesso dessa intervenção acarretaria atividade antidemocrática, pois limita a atividade de representantes eleitos e a própria atividade de se autogovernar.

O autor comenta ainda que determinar a melhor coerência do intervencionismo judicial com os demais Poderes, vai além de meramente estipular mecanismos de controle, mas sim considerar as circunstâncias jurídicas políticas e sociais que se encontram na sociedade em análise. Contudo, como não há um governo mundial e unânime, se torna excessivamente difícil ponderar os limites desta intervenção num ponto de vista pro democracia ou antidemocrática, pois para uns é melhor mais intervenção, para outros menos. Cumpre mais uma vez ressaltar que, não se pode esperar que os ministros e juizes das Cortes e Tribunais Constitucionais sejam pessoas santas de caráter indiscutível.

Nascimento (2017, p. 237) comenta o seguinte:

Na judicialização da política, como não há regra constitucional explícita a respeito e o tribunal não pode se furtar a decidir, a decisão proferida fica em um espaço indeterminado entre o direito e a política. Os contrariados com a decisão acusam-na de ser fruto de um ativismo judicial, o que reforça a conotação negativa da expressão, alertam para o risco de um governo de juizes. Já os favorecidos pela decisão alegam que tribunal deu a melhor interpretação da Constituição. A atuação judicial em questões política sempre será alvo de polêmica. Não se deve confundir a judicialização da política com o ativismo judicial. A primeira é fruto de disfuncionalidade da divisão dos poderes, que leva o Judiciário a decidir questões políticas afetas, a princípio, aos demais poderes. O segundo é uma atitude proativa, no exercício da função jurisdicional, que expande o sentido dos dispositivos constitucionais.

Logo, independentemente do grau de intervencionismo, deve haver um limite, pois a margem entre política, intervenção constitucional e democracia é muito tênue em várias situações, mas essa margem deve ser mantida pois se assim não for, o poder judiciário está indo contra a proposta do estado e seu contrato social, de julgar em prol da sociedade, quebrando o pacto firmado entre os três poderes de se manter separados. O principal elemento do Estado é o povo, quem exerce o poder do Estado deve ser o povo, esse poder não pode ser quebrado somente as custas de pôr fim a democracia. O direito não pode ser dito por quem não foi eleito.

Tendo sido proferida tal acusação, cabe afirmar que as atitudes do Poder Judiciário também sejam defendidas a certo ponto, haja vista que o judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal é defensor da Constituição e de todos os direitos postos ali, nada mais comum natural que se valha dos mecanismos a seu dispor ,como a interpretação, o uso dos princípios , o controle de constitucionalidade,

etc., para realização de tamanha atividade. Tal ativismo é fator resultante da “liberdade” dada pelos demais poderes ao se omitirem.

Tão logo, a crítica não é montada sobre o neoconstitucionalismo ou ao ativismo judicial. O que se pesa nessa obra é o seu excesso desmedido, pois, de forma contrária, o ativismo pode ser responsável por grandes mudanças positivas também, como o reconhecimento de casamentos homoafetivos, pesquisa com células tronco, entre outros.

Da mesma forma comenta Peixoto (2012, p. 37 e 38):

As palavras de Cappelletti são bem convincentes no sentido de legitimação da justiça constitucional sob a perspectiva da democracia: Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não-governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.

Finalmente, cabe ressaltar o seguinte: a Corte Constitucional brasileira é um órgão político, ou seja, além de tomar conta de decisões com cunho político, os seus membros em muitas de suas decisões têm as tomado com viés político partidário. Ou seja, um órgão vinculado ao Poder Judiciário, composto de pessoas resguardadas pelas garantias da magistratura, como a vitaliciedade com o qual nenhum outro Poder Político se vale, que se utiliza do ativismo judicial baseado em juízos valorativos subjetivos, que tem a parcialidade no julgamento questionável. É com esse tipo de Corte Constitucional no qual não pode ser deixada sem alguma forma de controle.

## CAPÍTULO III – O PROCESSO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 3.1. AS GARANTIAS DA MAGISTRATURA

Por todo o exposto nos capítulos anteriores, cumpre-se, nesse capítulo, as considerações que devem postas a uma análise final. Com grande certeza é possível afirmar que a exposição realizado nesse trabalho é apenas a ponta do *iceberg* de uma discussão que tende a se estender pelo menos enquanto o neoconstitucionalismo que, historicamente falando, é um fenômeno recente e que ainda está em fase de assentamento, possa se pacificar melhor dentro de um Estado democrático de Direito, seguindo assim a tendência natural das coisas, o equilíbrio.

Todavia, enquanto esse evento almejado não ocorre, se é que é realmente possível, ater-se-á ao material que se tem. Primeiramente compete a recapitulação breve de alguns elementos importante da análise. No capítulo 1 deste trabalho, foi posto um acervo histórico sobre a construção do poder judiciário no Brasil e no mundo, principalmente sobre a formação do órgão responsável pela guarda da Constituição. Viu-se que, no Brasil, houve uma evolução do poder judiciário, que antes se atinha apenas a uma figura de julgamento, sem mesmo ser considerado um poder, mas que evolui adquirindo mais garantias para o exercício de sua atividade, que são a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios.

Por conseguinte, esse poder evoluiu ainda mais, criando mais instancias para julgamento e divisibilidade de competência nos diversos assuntos do direito, para maior eficiência e uma delas foi a instancia superior que ainda acumulou a função de guardião da constituição, diferindo por exemplo do modelo americano que separa essas duas competências em órgãos distintos .

No capítulo segundo foi demonstrado, a evolução da teoria da separação dos três poderes que elucidou as bases utilizadas para a formação do modelo americano e que inicialmente foi adaptado para o modelo brasileiro, mas que se transformou em um modelo próprio, mais complexo. E que por fim, a discussão se estendeu ao campo da política e do direito, demonstrando, o giro da balança em prol do poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, que diante do

embotamento e descaso dentre o Executivo e o Legislativo, tem tomado posicionamento mais ativos e polêmicos.

Diante de tal contexto, cabe aprofundar-se no debate sobre a seguinte questão: é visível que o Supremo Tribunal Federal apresenta-se desbalanceado e necessita de mudanças para o melhor funcionamento da democracia, tão logo, um desses elementos, bastante discutidas em algumas PECs, é se isso se resolveria transformando a vitaliciedade do ministro do Supremo Tribunal Federal em um exercício por mandatos, ou ainda alterando os métodos de escolha para o preenchimento do cargo?

Embora o sistema atual esteja vigente a bastante tempo e aparentemente esteja pacificado esse formato, já que nenhuma das propostas de emenda à Constituição tenha sido acolhida, não revoga o fato de que o ativismo judicial pode ser um fenômeno crescente e não necessariamente benéfico.

É certo então trazer os pontos contrários para que a matéria de preocupação fique mais bem pontuada.

Peixoto (2012, p. 116) traz em sua obra alguns posicionamentos de diferentes autores sobre o tema como se vê a seguir:

Na análise do modelo brasileiro, pode-se indagar se a atual forma de indicação dos ministros comprometeria a real autonomia do Supremo Tribunal Federal. Em uma enquete publicada no jornal Folha de S. Paulo, seção opinião, em 19 de julho de 2008, dois juristas divergiram sobre o assunto: Virgílio Afonso da Silva e André Ramos Tavares. Afonso da Silva, embora não defendesse a atual forma de indicação dos ministros como a melhor de todas as imagináveis, afirmou que a imputação de falta de autonomia do Supremo Tribunal seria "inventar problemas onde eles não existem". Afirmou, ainda, que a atual forma de indicação é a mesma há mais de cem anos e que não bastaria insinuar a possibilidade de comprometimento da autonomia do STF. Rematou ao advertir que o Senado Federal não cumpre efetivamente sua tarefa no processo de escolha dos ministros.

Tavares, por sua vez, afirmou que o modelo exclusivamente político e pessoal de escolha admite uma estranha e indesejada proximidade entre o futuro integrante da Corte e o chefe do Executivo, sobretudo porque a atuação do Senado tem sido pífia. A fórmula atual, apesar de exercida com sobriedade na maioria das indicações dos últimos tempos, está baseada em um modelo arcaico e potencialmente gerador de grandes crises jurídico-políticas.

Peixoto (2012, p. 117) ainda transcreve a crítica de Aldo Pereira que ilustra essa preocupação, conforme se vê abaixo:

A nomeação de cada ministro é flagrantemente elitista. O cidadão comum não tem como influir nela, nem ao menos por meio de seus representantes

na Câmara dos Deputados. Nem mesmo a corporação nacional de juizes é consultada. A indicação do Presidente da República precisa, ser aprovada pela maioria absoluta dos senadores. Mas, afora a representatividade política do Senado ser muito inferior à da Câmara, a chancela senatorial tem sido ordinária formalidade: desde a gestão de Floriano Peixoto ( 1891- 94), quando rejeitou cinco indicações, nunca mais o Senado deixou de, por compadrio ou displicência, sancionar a escolha presidencial.

O mesmo autor em contrapartida, cita o autor Bachof que se posiciona da seguinte forma:

Bachof explicita que o caráter democrático nem sempre está ligado à forma de eleição de seus membros. Tampouco os funcionários do Estado foram eleitos diretamente pelo povo, ou mesmo os ministros de Estado, ou secretários, e não se põe em dúvida um poder democrático. Isso ocorre justamente porque a escolha pelo método da eleição não é a única forma de garantir a representatividade do Tribunal Constitucional. A advertência de Bachof mostra, ainda, que não possui mais força o argumento de que o Poder Judiciário é antidemocrático, pois o juiz não é menos órgão do povo que todos os demais órgãos do Estado.

Acrescenta que até mesmo o Poder Legislativo não pode ser considerado como diretamente comissionado sem que exista um aspecto muito relativo, pois sua composição está mais ligada aos partidos políticos. O autor conclui que mais importante que a classe do mandato é a função desempenhada, pois o juiz administra justiça em nome do povo da mesma forma que o Parlamento promulga leis e o Governo governa em nome do povo. (PEIXOTO, 2012, pag 36)

Freire (2013) pontua também contrariamente a mudança da seguinte forma:

O processo de escolha dos membros do STF não exige mudanças. Encontra-se perfeitamente alinhado à tradição republicana e presidencialista brasileira. Propostas que sugerem o Senado, a Câmara ou a própria corte como instituições a exercer a competência para a indicação não se ajustam à tradição político-institucional da nação, compatibilizando-se mais com as nações regidas pelo parlamentarismo, em qualquer das suas formas, tais como Alemanha, Portugal, Itália, Espanha e França. No Senado americano, diferente do que ocorre no Brasil, há número acentuado de rejeições de indicados ao longo da história.

[...]

Ressalte-se, por fim, que o argumento de que o atual modelo de recrutamento seja marcado por uma acentuada politização não tem fundamento. Independentemente da instituição a que competir a escolha, a opção por um nome sempre implicará em uma decisão política. Portanto, não será a alteração do sistema constitucional vigente a resposta para o problema das designações, mas, sim, reavaliar a postura de cada instituição participante do processo de indicação e confirmação dos nomes que ocuparão assento na mais alta corte do país.

Uma das questões que também mostram certa preocupação por parte do grupo a favor da mudança judicial, é sobre a vinculação do ministro indicado com o indicante e a influência que essa relação pode agregar dentro da corte. Pois

dependendo o presidente da república pode ser responsável por um número considerável de nomeações, como exemplo recente tem-se o Ex-Presidente Lula que nomeou o número de oito ministros, ou ainda a Ex-presidente Dilma que nomeou cinco ministros. Autores como Peixoto e Tavares, asseguram a provável inclinação do Tribunal em prol do partido representado pelo indicante, contudo outros ponderam contrariamente da seguinte forma:

A maior parte da literatura não encontra evidências de que haveria um efeito da indicação do Executivo no comportamento STF. A mudança de governo e de partidos que assumem o cargo da Presidência da República não provocaria uma alteração no comportamento dos ministros nomeados anteriormente à Corte. Isso seria uma evidência de que não haveria uma espécie de fidelidade dos ministros à ideologia dos partidos dos presidentes que os indicaram. Leoni e Ramos (2006), por exemplo, utilizam uma amostra de 408 decisões feitas em relação a ADIns do período entre 1989 e 2003 para examinar um modelo de estimação de pontos ideais para os ministros do STF, e comparar as suas preferências com as de atores externos à corte. Eles constatam que os presidentes indicam ministros de ideologias diversas, não sendo possível afirmar, portanto, que haveria apenas indicações de magistrados com afinidade ideológica do chefe do Executivo.

[...] Oliveira (2012a) analisa 1277 ADIns, correspondentes aos anos de 1999 a 2006. Além de este período ser de grande renovação na composição do STF, há também a vantagem de ser o período de transição entre dois governos de partidos e ideologias diferentes. Ao examinar o nível de coesão entre os ministros, a autora conclui que ministros nomeados por um mesmo presidente possuem maior coesão. Além de votarem em conjunto em uma frequência maior do que aquela em que dividem seus votos, também existiria maior coesão entre estes grupos do que no tribunal como um todo. Dessa forma, haveria uma associação entre ministros nomeados pelo regime militar, pelos presidentes Itamar Franco e FHC, contrapondo-se a um grupo de três ministros nomeados pelo presidente Lula. A autora avalia também que existe uma variação na coesão do Supremo de acordo com a proporção de juízes de carreira compondo a Corte, e de acordo com os diferentes temas julgados. (MARTINS, Rodrigo, 2018, p. 34 e 36)

Paes (2011, p. 74,75 e 76) comenta que, ao analisar a sabatina de vários candidatos, também não se observou a relação político-partidária entre o indicado e o Presidente da República. Além disso comenta que os senadores que compõem a CNJ, pertencem a partidos diversos e que isso nada interfere no processo de escolha. O que o autor realmente mostra é preocupação séria com a omissão/irresponsabilidade por parte dos Senadores em não mostrarem maior comprometimento com a sabatina, que diferentemente dos EUA, no qual é um evento midiático, no Brasil não passa de mera formalidade e elogios ao candidato nomeado pelo Presidente.

Em presença de tais exposições, destaca-se a polêmica envolta do tema, já que não há consenso. Para um observador afastado da controvérsia pode parecer uma simples briga entre pessoas que foram beneficiadas e que elogiam o ativismo judicial pelas suas decisões bem ponderadas; e os que não se vêm beneficiados que, dessa forma criticam o ativismo, a subjetividade do juiz e a politização do STF.

Existem ainda outros posicionamentos contrários que devem ser considerados antes do relatório final. Com relação aos contrários(chamando assim todos os pensadores contrários a qualquer alteração relevante ao formato já conhecido do STF) : em resumo, o principal argumento seria de que o STF tem estado nesses moldes a algum tempo mesmo considerando a reforma do judiciário ocorrida em 2004, e que tem se mantido eficiente durante esse período.

Os pensamentos secundários seriam envoltos da não necessidade de alteração para não causar insegurança jurídica, pois talvez o exercício por mandatos vinculem os ministros eleitos de fato ao executivo tendo em vista a indicação, e poderia ainda trazer votações e posicionamentos mais arrojados para que assim os proferidores de tais votos fiquem marcados pela história. Seria ainda um incentivo maior a política envolta no cargo, uma vez que seria desejo de grande maioria ingressar no egrégio Tribunal.

Já os pensamentos a favor da mudança seriam: no caso de posicionar o exercício do cargo por mandatos, retirar o enraizamento no cargo, para que o STF seja conhecido pelo julgar e não pelos juízes; com os mandatos haveria maior oxigenação do Supremo no qual novos membros com frequência podem trazer ideias e posicionamentos novos que podem evoluir as decisões do Tribunal; a mudança não causaria insegurança jurídica visto que o bom exercício é relativo ao conhecimento que o candidato tem, o que deve ser auferido em sabatina, mas também que o direito é uno, e que aqueles que ingressaram na carreira da magistratura estão bem cientes desse Direito.

Não irá vincular-se ao executivo visto que o mandato seria de tempo superior a 8 anos referente ao mandatos do Presidente da República e ainda ponderando-se um processo de escolha que envolva mais personas na decisão e seleção dos candidatos, mesmo que o Executivo dê a palavra final sobre o candidato, teria havido uma pré-seleção mais democrática ; tendo em conta o crescente ativismo judicial, sendo ele bom ou ruim, a mudança far-se-ia notaria na sabatina, pois, por meio dela poderia verificar-se o posicionamento filosófico, moral, partidário, ético,

jurídico e de justiça, uma vez que alguns esse posicionamento ativista podem ter esses posicionamento elencados tomados em valor pelo ministro.

Por fim, sendo o STF um órgão político nada mais justo do que o tratar igualmente como os demais órgãos políticos, com mandatos e indicação mais democrática. Mesmo que essas mudanças não cheguem a ocorrer é mister fazer valer outras formas de controle do poder judicial, de modo que este não venha a extrapolar os fundamentos da separação dos poderes, tais métodos serão elencados em subseção futura neste trabalho. Por hora, é certo aprofundar um pouco mais na hipótese da mudança, pois sendo o melhor funcionamento do Poder Judiciário interesse de todos, é relevante pensar em como e quais elementos comporiam uma mais almejada e eficiente transformação.

### 3.2 DOS REQUISITOS PARA A INDICAÇÃO

Como já abordado em capítulos anteriores sobre os requisitos definidos no art. 101 da Constituição de 88 e sobre a sabatina, não há que os repetir. Doravante, no que pese a esses requisitos, existe bastante controvérsia a respeito de serem suficientes como parâmetros de seleção no processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal como também abordado no tópico anterior. Mas então qual seriam os melhores requisitos para tal processo?

Peixoto (2012, p. 54 e 55) comenta tal preocupação da seguinte forma:

O processo de escolha dos membros dos Tribunais Constitucionais deve ser diferenciado da investidura dos magistrados da jurisdição ordinária, por se tratar de uma Corte de natureza jurídico-política que decide questões relativas à proteção dos direitos fundamentais; ao controle de constitucionalidade; ao equilíbrio entre os poderes e entes federativos; e à garantia da repartição de competências constitucionais.

Na composição dos integrantes da Corte Constitucional, existem três requisitos de observância obrigatória para reforço da legitimidade da justiça constitucional: o pluralismo, a representatividade e a complementaridade. O pluralismo significa que a Corte Constitucional deve conter uma composição pluralista, isto é, a diversidade cultural, ideológica, religiosa, econômica, política, linguística ou social dos magistrados do Tribunal Constitucional contribui para o aumento da representatividade de todos os grupos (majoritários e minoritários). O pluralismo constitui uma condição subjetiva implícita dos integrantes do Supremo Tribunal Federal.

A representatividade exige a aprovação do indicado ao Tribunal Constitucional por maioria qualificada do Parlamento, permitindo às minorias

parlamentares o direito de veto ao nome indicado. No Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal (artigos 52, III; 84, XN e 1º O I, parágrafo único da Constituição brasileira). Percebe-se a não-observância desse requisito no cenário brasileiro. Ademais, a aprovação do nome indicado somente passa por uma das duas Casas Legislativas nacionais, exatamente a representativa dos Estados, e não a do povo.

Peixoto (2012, p. 55 a 56) ainda comenta que existem outras formas de composição além da nomeação política, que podem ser retirados de outros ramos do direito, como, a ascensão funcional, da qual o magistrado de carreira poderia no decorrer de promoções poder-se-ia ingressar como membro do STF, valor que exigiria a análise de outros critérios além do merecimento, eficiência, tempo de serviço, mas também uma dose de política. Sendo assim os ministros seriam retirados da cadeia de magistrados dentro do poder Judiciário.

O autor ainda comenta que esse método seria desfavorável a obtenção de ministros mais articulados e pensantes, colocando os junto com a expressão “juiz funcionário”, se referindo a um ministro meramente mecânico. Há de se discordar deste fundamento, visto que, como falado, outros critérios seriam atribuídos para tal escolha, e que um magistrado com anos de carreira e experiência não necessariamente o torna mecânico.

Outro método seria o concurso público, no qual Peixoto pontua o mesmo problema dos “juízes mecânicos”. Cabe-se concordar com o autor, tendo em vista que o cargo de Ministro exige certa experiência na área, de preferência magistral, logo atrairia muitas pessoas, que embora com bastante conhecimento, teriam pouca prática, levando algum tempo para se adaptar, tendo ainda em conta que as atividades políticas do cargo possam ser um desafio.

Existe por último a eleição popular, que remonta ao moldes eleitorais, ou seja, política, briga de partidos e coalisões, o que por ai já deturpa o sentido da “neutralidade formal” e da imparcialidade, sem contar que se for levado a estriça esse molde, os ministros teriam sua atividade mais valorada ou menos ativa tendo em vista uma reeleição, caso o cargo não seja vitalício. Dessa forma, muitas decisões contra majoritárias, mas que são boas, não ocorreriam, prejudicando a defesa das minorias e fortalecendo o governo da maioria. Sem contar que traria outro processo eleitoral para que o povo brasileiro deva se preocupar.

No que cabe ao modelo da indicação política, que na opinião do autor supra citado é a melhor opção pois envolve maior participação da tríade dos poderes e o sistema de pesos e contrapesos, crê-se que o método de ascensão funcional, que se valendo de outros critérios, poderia também ser um bom candidato, pois ainda haveria a participação dos demais poderes, e outras instituições que se achem necessárias como ver-se-á a seguir. Contudo o cargo de ministro ficaria restrito aos magistrados de carreira, mantendo a experiência, e participação maior do próprio legislativo, mas inviabilizaria a entrada pelo quinto constitucional por exemplo.

Retomando a análise do modelo atual tem-se então o destrinchamento do art. 101 da Constituição de 1988 destacando-se os seguintes requisitos analisáveis: onze vagas para o cargo; dentre cidadãos do Brasil; na faixa etária de mais de 35 (trinta e cinco) anos e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade; notável saber jurídico; reputação ilibada; nomeação pelo Presidente da República e aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal.

Quanto ao número de vagas. É certo que o número de onze ministros mudou bastante durante o tempo no Brasil, e no exterior a quantidade também é variada. Sendo assim não há que remeter maiores implicâncias nesse ponto, é claro que um número grandemente acentuado comprometeria a eficiência, e um número pequeno demais poderia não trazer um número suficiente de perspectivas e opiniões, além do mais é indiscutível que o número deva ser ímpar para que não haja possibilidade de empates.

Os ministros devem ser cidadãos brasileiros natos assim como os demais cargos de grande poder no Estado como o Presidente da República, sendo tal requisito indiscutível.

Relativo à idade, também não vale entrar em grandes discussões. O que vale ser refletido é o caso de ser adotado o exercício por mandatos e que deva haver consideração entre a idade necessária para se aposentar compulsoriamente, que na data deste trabalho é de 75 (setenta e cinco) anos, e o tempo de exercício do mandato. Ou seja, supondo que o mandato seja de 8 (oito) anos e a aposentadoria compulsória de 75 (setenta e cinco) anos, logo a idade máxima seria de 67 (sessenta e sete) anos.

Quando a isso esclarece Peixoto (2012, p. 60 e 61) que:

O número de integrantes do Tribunal Constitucional não deve ser elevado, pois a consequência é o enfraquecimento da própria autoridade da Corte, dos

magistrados que a integram e de suas decisões. Nos critérios para a obtenção do número adequado, Tavares esclarece que:  
( ... ) diversas variantes podem fornecer uma diretriz para a solução desejada: extensão territorial e população do país; existência de uma legitimidade ativa popular; necessidade de representação de Estados-membros; de minorias, dos demais poderes ou de qualquer segmento político; grau de desenvolvimento da cultura constitucional do país. Sugere-se, também, que o número seja ímpar para assegurar a igualdade entre os integrantes da Corte Constitucional, sem qualquer voto de Minerva do Presidente do Tribunal. Entretanto, a Espanha e a Bélgica estabelecem o número de doze integrantes, e a Alemanha possui dezesseis membros.

Sobre o notável saber jurídico, verifica-se que é uma expressão grandemente criticada pela vagueza de seu sentido e de valoração subjetiva, mas, que da expressão pode-se entender alguém cujo portfólio se destaca no âmbito jurídico. Contudo não existe um mínimo determinado diante da análise previa de currículo em período pré-sabatina, é claro que não deve ser chamado um recém formado e aprovado na OAB ainda que com excelente pontuação ser chamado a indicação de ministro.

Alguns elementos deveriam dirigir essa seleção, como: ter no mínimo um mestrado; ter uma publicação bibliográfica na área jurídica ou manter certa atividade em publicações em sites ou blogs, ou seja ser produtor de conhecimento e pesquisa jurídicas ; ter tempo considerável de experiência em órgãos públicos que envolvam atividade jurídica como a magistratura, MP, AGU, e ou ser advogado que teve ou tem esta experiência; ser avaliado o histórico de sua competência quanto a excelência desta função ou atividade jurídica desempenhada, pois de que adianta ter vários anos de exercício sendo que foi desempenhado de forma medíocre.

Esses são apenas alguns exemplos que poderiam ser citados se valendo de uma interpretação *latu senso*. É claro que todos esses requisitos são considerados atualmente, mas ainda sim deveria trazer tal lista (*non numerus clausus*) para que os requisitos sejam tratados um pouco mais como fria lei e menos por valoração subjetiva.

Outro item “subjetivo” seria a reputação ilibada, além de necessariamente não ter nenhuma condenação, por obvio esse requisito, ainda deve ser feito investigação quanto a vida deste individuo, tanto em seu meio social e profissional quanto na familiar, pois mesmo que o candidato não tenha sido preso, julgado, condenado, etc., pode ser que sua vida seja envolta de polemicas questionáveis, ou atividades ilegais ou imorais que estão encobertas e que podem refletir um caráter não esperado ou desejado para a posição tão respeitada de ministro do Supremo

Tribunal Federal. Um exemplo seria um homem que tem todos os requisitos objetivos, mas que agride sua mulher e filhos e os ameaça a não chamar a polícia.

Enfim o último requisito: a nomeação pelo Presidente da República e a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal. Trata-se de um dos requisitos mais importantes, pois é a fase que de fato determina quem irá tomar a posse do cargo ou não. Vários autores referenciam que esse método utilizado atualmente não é democrático, pois a nomeação fica muito a cargo do Presidente da República e a sabatina e voto pelo Senado é mera formalidade. Sendo assim, Peixoto (2012, p. 120) dispõe do seguinte raciocínio:

A indicação autônoma de parcela dos ministros do STF pelo chefe do Executivo, pelo Judiciário, pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados seria conveniente por proporcionar um balanceamento entre os poderes na designação dos membros do Tribunal. Além da participação dos três poderes, a presença das instituições democráticas no processo seletivo, como a Ordem dos Advogados do Brasil, as Faculdades de Direito com programa de doutorado, o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, tomaria o processo seletivo mais democrático e menos suscetível de indicações equivocadas.

Logo, fica evidente que o caminho para o processo mais democrático, seria trabalhar num modelo onde outros órgãos pudessem participar. Seria o caso por exemplo de formação de listas, anterior a uma lista tríplice, considerando apenas uma indicação do Presidente, com indicações de tais órgãos, ou seja, fazendo uma pré-seleção de candidatos. Cabe salientar que a sabatina deveria ser um processo divulgado e estimulado a participação da população, talvez não diretamente votando no candidato, mas, através de seus representantes, formando perguntas e questionamentos.

Ademais existem formas alternativas como a italiana, a francesa, austríaca, como vistas no capítulo um deste trabalho, o que de fato deve ficar em conta é a participação igualitária de todos os poderes e com a inclusão de outros órgão representantes quantos se acham necessários e que não comprometam a eficiência.

A seguir demonstrar-se-á resumidamente alguns Projetos de Emenda à Constituição para que fique claro como todo esse desenvolvimento teórico está sendo aplicado.

Uma delas é a PEC nº 566 de 2002, proposta pelo Deputado Alceu Collares e outros, que traria a seguinte redação para o art. 101 da CF:

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

Parágrafo único. Os ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos e nomeados pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II- um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94. (PEIXOTO, 2012, p. 150).

Outra seria a PEC nº 434 de 2009, proposta pelo Deputado Federal Vieira de Cunha, que rediz o seguinte:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de quarenta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, Bacharel em Direito, de notável saber jurídico e reputação ilibada, com, no mínimo, vinte anos de atividade jurídica.

§ 1º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão indicados em lista sêxtupla, elaborada pelo próprio Tribunal, e nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha por três quintos do Senado Federal.

§ 2º Na elaboração da lista sêxtupla, um terço dos nomes indicados, no mínimo, serão oriundos da Magistratura de carreira.

§ 3º Não poderá integrar a lista sêxtupla antes de três anos, quem exerceu cargo eletivo, após o término do mandato. Ministro de Estado, Procurador-Geral da União e seus correspondentes nos Estados. Distrito Federal e Municípios, bem como quem exerceu cargo de confiança no Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, nas três esferas da Federação no período acima referido.

§ 4º Aos Ministros do Supremo Tribunal Federal aplica-se o mesmo impedimento temporal de três anos, a partir do afastamento do cargo, para o desempenho de função pública de livre nomeação e para o exercício da advocacia. (PEIXOTO, 2012, 164 p.)

A PEC nº 12 de 2010, proposta pelo Senador Marconi Perillo, traz as seguintes pontuações:

Altera os arts. 92 e 101 da Constituição Federal, para definir as expressões “reputação ilibada” e “notável saber jurídico”, e modificar o critério de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Art. 1º. O art. 92 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 3º e 4º.

Art. 92. (...)

§ 3º. Entende-se por reputação ilibada, para efeito de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, a inexistência de condenação criminal da pessoa indicada.

§ 4. Considera-se de notável saber jurídico, para efeito de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, o cidadão

indicado com atividade jurídica não inferior a 10 anos e que atenda a, no mínimo, dois dos seguintes requisitos:

I – título acadêmico não inferior ao de mestre em Direito;

II – tese e trabalhos publicados;

III – atuação jurídica destacada” (NR)

Art. 2º. O parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 101. (...)

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, com base em lista tríplice elaborada pelos Tribunais Superiores, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. (NR)

Art. 3º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação. (PEIXOTO, 2012, p.167).

Tem-se a PEC nº 17 de 2011, proposta pelo Deputado Rubens Bueno:

Dá nova redação e acrescenta incisos ao parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal, para modificar a forma de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Art. 1º. O parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação e acrescido dos seguintes incisos:

Art. 101 (...)

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

I – três Ministros indicados pelo Superior Tribunal de Justiça, dentre os Ministros do próprio Tribunal;

II – dois Ministros indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil, dentre os advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, sendo defesa a indicação de quem ocupe ou tenha ocupado a função de conselheiro no período de três anos antes da abertura da vaga;

III – dois Ministros indicados pelo Procurador-Geral da República, dentre os membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira, sendo defesa a auto-indicação ou a indicação de quem tenha ocupado a mesma função no período de três anos da abertura da vaga;

IV – um Ministro indicado pela Câmara dos Deputados, sendo defesa a indicação de um Deputado da mesma legislatura;

V – um Ministro indicado pelo Senado Federal, sendo defesa a indicação de um Senador da mesma legislatura;

VI – dois Ministros indicados pelo Presidente da República, sendo defesa a indicação de Ministro de Estado ou do Advogado-Geral da União, ou de quem tenha ocupado tais funções no período de três da abertura da vaga”.

Art. 2º. Para o preenchimento das vagas, observar-se-á a ordem de indicação enumerada no parágrafo único do art. 101.

§ 1º. A primeira indicação ocorrerá nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 101, seguindo-se ordenada e unitariamente até a indicação prevista no inciso VI, sempre após as sucessivas aposentadorias de cada um dos Ministros indicados pelo sistema anteriormente vigente.

§ 2º. Após o preenchimento da primeira vaga prevista no inciso VI, reiniciar-se-ão as indicações pelo inciso I, procedendo-se a novas sequências de indicações na ordem prevista no parágrafo único do art. 101, até que se completem os onze Ministros.

§ 3º. Sempre que algum Ministro indicado pelo novo sistema previsto nesta Emenda Constitucional se aposentar, só poderá ser substituído por Ministro oriundo da mesma indicação.

Art. 3º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. (PEIXOTO, 2012, p.169).

Por fim a proposta mais recente que seria PEC 35 de 2015, proposta pelo senador Lasier Martins, que traz nova reedição bem interessante, tratando também do exercício por mandatos, a saber:

Altera o art. 101 da Constituição Federal, para modificar a forma 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 será feita pelo Presidente da República, dentre os integrantes de lista tríplice elaborada, no prazo de até um mês a contar do surgimento da vaga, por um colegiado composto pelos seguintes membros:

I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

II – o Presidente do Superior Tribunal de Justiça;

III – o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho;

IV – o Presidente do Superior Tribunal Militar;

V – o Presidente do Tribunal de Contas da União;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º O Presidente da República comunicará a escolha ao Presidente do Senado Federal, até um mês após receber a lista tríplice.

§ 3º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dez anos, vedada a recondução.

§ 4º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são inelegíveis para qualquer cargo eletivo, até cinco anos após o término do mandato.” (NR)

Art. 2º Aos Ministros do Supremo Tribunal Federal em exercício na data da publicação desta Emenda é aplicável o regime jurídico vigente no momento da nomeação.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. (senado federal)

### 3.3. METODOS ALTERNATIVOS

Com o avanço do neoconstitucionalismo no mundo, é certo imaginar que essa nova configuração do poder judiciário tem tornado a balança entre os demais Poderes algo que necessita ser alinhado, pois o crescimento das cortes constitucionais, do ativismo, da politização e a intromissão na competência “alheia”, tem tomado um rumo que pode ficar fora de controle. O objetivo deste presente trabalho é demonstrar tais preocupações, mas não a ponto de limitar tal atuação, pois

algumas dessas atividades foram e são pontos positivos, como o posicionamento contra majoritário, e mesmo certas decisões políticas, tomadas pelo Supremo Tribunal, foram uma evolução ao direito, que pelos métodos tradicionais teria demorado muito mais para ser discutido e resolvido.

Não obstante, fez-se aqui o chamamento ao controle mais democrático do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua composição, que seja, a preocupação com a composição deste Exaltado Tribunal. Contudo, é claro que tal assunto gera divergências pois implica em mudanças num sistema já enraizado. Sendo assim, neste último momento, cabe-se falar de métodos alternativos que existem e que podem ser mais promovidos a sua utilização para maior controle dos atos do Judiciário, mas que, diante do objetivo deste trabalho, não deve ser o único método levado em conta para evitar o eventual governo de juízes.

O autor Daniel Sarmento no livro *jurisdição constitucional e política* (2015, p. 100 e seguintes) discrimina alguns parâmetros para autocontenção judicial. O primeiro deles seria o grau de legitimidade democrática no processo de elaboração do ato normativo questionado, uma vez que nem todas normas são iguais e devem ser ponderadas de formas diferentes, ou seja, o ato normativo deve ser avaliado com base no grau do quão democrático a criação, votação e promulgação foram. O ilustre autor Sarmento (2015, p. 103) traz o seguinte exemplo:

Um ato normativo como a lei Complementar 135/2010 – a chamada “Lei da Ficha limpa” -, que se originou de iniciativa popular proposta por mais de um milhão e trezentos mil cidadãos, e foi aprovada em razão de intensa mobilização da sociedade civil, não pode ser examinado pelo judiciário da mesma forma como se apreciaria uma lei editada na calada da noite, sem qualquer debate social ou envolvimento popular.

O segundo critério seria a defesa dos pressupostos essenciais ao funcionamento da democracia. Sendo assim, todos aqueles direitos que são inerentes ao exercício da democracia, como o direito à livre expressão, o livre exercício de exercer oposição, a proteção a voz das minorias. O objetivo é pontuar o ativismo em face da democracia majoritária. Nesse ponto já se inclui ainda o terceiro, que é justamente o papel de defesa desses grupos com representação minoritária.

O quarto parâmetro é a defesa de direitos materialmente fundamentais, este por obvio é o dever de resguardar os direitos ali descritos na Constituição federal,

ou seja, as condições básicas de vida e liberdades. Claro que nesse ponto entra-se na polemica do poder judiciário suprir lacunas na lei com suas decisões, que na verdade deveriam ser tomadas pelos demais poderes. Logo, para resolver tal desavença Sarmiento (2015, p. 32):

Merece registro incidental, antes de encerrar o presente trabalho, um fenômeno conhecido na doutrina como diálogo constitucional ou diálogo institucional. Embora a Corte Constitucional ou a Corte Suprema seja o interprete final da Constituição em cada caso, três situações dignas de nota podem subverter ou atenuar essa circunstância, a saber: a) a interpretação da Corte pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante emenda a Constituição; b) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação; ou c) a Corte pode conclamar o Legislativo a atuar, o chamado “apelo ao legislador.”

Ainda sobre este tópico, é relevante salientar que nesta discussão ainda entra o subjetivismo dos princípios, pois cada movimento do Estado, envolve a competência subjetiva de um princípio seja a favor ou contrário, e como visto essa subjetividade não legalmente é motivada ou explicada. Sendo assim, para que não haja a desculpa dos princípios para toda e qualquer situação é necessário que seja delimitado o seu uso ou, no caso que haja também embasamento infralegal e nas demais fontes do direito disponíveis.

O quinto parâmetro seria assumir a incompetência do poder judiciário para bater o martelo sob determinado assunto. Ou seja, os magistrados não são detentores de total conhecimento sobre todas as áreas científicas conhecidas, logo não seria lógico um magistrado determinar tal posicionamento não levando em conta o conhecimento específico daquela área. Sendo assim, não poderia restringir ou revogar uma medida econômica dada pelo representante do executivo especialista naquela área. Claro que este parâmetro é válido para todos os Poderes, que devem se valer sempre que possível de um especialista.

O último seria a inconsistência temporal. Este parâmetro foi colocado para ressaltar o ativismo judicial, pois prescreve que o poder judiciário deve ser o guardião das medidas a longo prazo, ou seja, que deva exercer o controle sob os outros poderes a ponto de limitar atividades que são contrárias ao princípio do respeito as futuras gerações, pois muitas vezes, visando a reeleição, atitudes são tomadas pensando no agora. Um exemplo disso seria a defesa do meio ambiente. Contudo a

verdadeira proposta seria restrita a proteção de direitos que são atemporais, e que podem comprometer os direitos das futuras gerações, sendo necessária uma limitação positiva de tais direitos.

Por todo esse exposto então, restaria apenas mais uma ideia a ser debatida. Seria a hipótese de, assim como no modelo americano, separar a última instância de recursos da Corte Constitucional, mas que levaria ao mesmo debate já exaltadamente comentado neste trabalho.

Resta-se então, em palavra final, alertar sobre este tema, que está longe de ter um ponto final, mas que o debate é essencial para que o alinhamento dos poderes, principalmente o crescimento do Poder Judiciário seja levado a sério, pois os benefícios são bons mas os malefícios também soa amplos. Assim dito, é de extrema importância que haja a participação democrática em cima do tema, pois a democracia, embora o menos ruim de todas as formas organização, é ainda a melhor arma para o desenvolvimento enquanto sociedade.

## CONCLUSÃO

Consta-se que o Poder Judiciário no Brasil mudou de formato está mais ativo, mais envolvido na política, dentre os Poderes é o mais procurado pois nele foi encontrada a capacidade de garantir todos os princípios estabelecidos na Carta Magna. E muito disso se deve ao fato histórico superado, que foi a ditadura militar, que se utilizou do poder para destituir direitos fundamentais. Não obstante, a inércia e a falta de efetividade do Executivo e do Legislativo em promover os interesses da sociedade, através de intrigas políticas, corrupção, a preocupação apenas com a próxima eleição, o presidencialismo de coalisão, entre outros, tem feito com que o Judiciário tome medidas mais ativas.

Contudo algumas destas atividades tem desequilibrado a balança de Poderes do Estado, pois o Poder judiciário tem chamado para si a competência de outros poderes atuando como o detentor da última palavra, restringindo atividades tomadas pelos demais Poderes, cujos representantes foram eleitos, em prol de preservar os interesses e princípios descritos na Constituição Federal, aplicados como motivação subjetiva e de valoração pessoal. Todavia, noutro extremo, existe um ativismo que é realmente garantidor, como no caso da postura contra majoritária, que atua em favor das minorias, ou ainda quando, através da decisão judicial, uma omissão legislativa ou administrativa é finalmente suprida.

Percebe-se então que existem posicionamentos divergentes quando se fala em controle ou não do poder judiciário, ou ainda, mais precisamente, estabelecer parâmetros mais positivos para a atuação do poder Judiciário, e principalmente o Supremo Tribunal Federal. Não obstante, é evidente que para a preservação de uma atividade de Estado mais democrática, é necessário que haja mudança naquele que está sendo o ator mais relevante nessa atuação constitucional.

Dessa forma, os métodos utilizados e previstos pela própria Constituição são insuficientes para garantir um processo de escolha mais eficiente e democrático, pois deixa a nomeação as mãos apenas do executivo e ao legislativo, sendo este último tratador da sabatina como mera formalidade, não atuando de fato como uma comissão seletora. Ainda é necessário criar critérios mais positivos e certos, para tal

seleção em troca das expressões indefinidas de “notável saber jurídico” e “reputação ilibada”.

Por último, vale-se de adotar o exercício por cargos por meios de mandatos, tendo em vista a oxigenação do Tribunal e o desenraizamento do ministro no cargo, pois o judiciário não deve ser conhecido pelos seus juízes, mas sim pelo julgar. Tal logo é certo que, como o Supremo Tribunal Federal se tronou um órgão político, nada mais justo que ser tratado como tal, com seus membros sendo elegidos da forma mais democrática possível.

Fato é que não são todos que assim concordam e preferem não alterar a estrutura já a muito pacificada e enraizada, e que a alegação de que o ministro nomeado fica vinculado ao presidente que o elegeu não é verdadeira. Todavia, a atividade judiciaria pode estar numa crescente sem medidas, cuja qual no futuro possa haver um possível Governo de Juízes. Assim, é relevante que o assunto seja levado em pauta de consideração antes deste evento.

Enquanto medidas mais drásticas não são tomadas, seria sensato adotar medidas alternativas que propõem uma delimitação mais positiva do ativismo , sem retirar sua eficiência resguardador e estabelecer uma conversa maior entre as instituições na hora de resolver tais questões, para que não haja competências transgredidas e que o bom relacionamento entre os Poderes seja mantido em prol da democracia.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei fundamental da República Federal da Alemanha, 1949. disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> > acesso em: 21 de mai. 2020.

Artigo: Análise Comparativa da Composição do Supremo Tribunal Federal, da Suprema Corte Americana e do Tribunal Constitucional Federal Alemão; Eliane Vila Real de Andrade; Filipe Miranda Gazzinelli; Maria Alice Oliveira de Freitas Mattos; Bárbara Thaís Pinheiro Silva; Luiz Antônio Soares Júnior; Núcleo Acadêmico de Pesquisa (NAP), da Faculdade Mineira de Direito (PUC Minas), 2015/2016.

AUSTRIA. Constituição austríaca. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21383-21384-1-PB.htm> > Acesso em: 21 de mai. 2020

BALEEIRO, Aliomar. 1891/Aliomar Baleeiro. — (Coleção Constituições brasileiras; v. 2). — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. —

BALEEIRO, Aliomar. 1946/Aliomar Baleeiro, Barbosa Lima Sobrinho. — (Coleção Constituições brasileiras; v. 5. — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BRASIL, Constituição. Constituição Política do Império do Brasil. Conselho de Estado, 1824. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21383-21384-1-PB.htm> > Acesso em 21 de mai. 2020.

BRASIL, Constituição. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.: senado, 1891. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm) > Acesso em 21 de mai. 2020.

BRASIL, Constituição. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: senado, 1934. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) > Acesso em 21 de mai. 2020.

BRASIL, Constituição. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: senado, 1937. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm) > Acesso em 21 de mai. 2020

BRASIL, Constituição. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: senado, 1946. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm) > Acesso em 10 de mai. 2020.

BRASIL, Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1967. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm) > Acesso em: 12 de mai. 2020.

BRASI, Constituição (1967). Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm) > Acesso em 12 de mai. 2020.

BRASIL, Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 19 de mai. 2020

BRASIL. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <  
<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4> > Acesso em: 27 de mai. 2020.

BRITO, Jarliani Feitoza. Análise dos critérios de nomeação dos ministros das cortes constitucionais; uma análise dos critérios de nomeação dos ministros do STF/ Jarliani Feitoza Brito. Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Roraima - Boa Vista, 2017.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. 1967 / Themístocles Brandão Cavalcanti, Luiz Navarro de Brito, Aliomar Baleeiro. — (Coleção Constituições brasileiras; v. 6.) — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

DONATO, Veronica Chaves Carneiro. O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: ESTRUTURA, CRÍTICAS E CONTROLE. Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional, UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR, PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO/MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL, LD. Fortaleza, Ceará, 2006

ESPANHA. Constituição espanhola, 1978. Disponível em: <  
<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf> > Acesso em: 21 de mai. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Constituição dos Estados Unidos da América, 1787. Disponível em: <  
[http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPES](http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf)  
[SOALJNETO.pdf](http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf) > Acesso em: 21 de mai. 2020.

FAZANARO, Renato Vaquelli. O modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 22, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. de 2014.

FRANÇA. Constituição, 1958. Disponível em: < [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf) > Acesso em: 21 de mai. 2020.

FREIRE, Alexandre. Artigo da internet Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/alexandre-freire-cinco-pecs-tentaram-mudar-escolha-ministros-stf> > Acesso em: 30 de agosto 2020.

ITÁLIA. Constituição da República Italiana, 1947. Disponível em: < [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf) > Acesso em: 21 de mai. 2020.

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. DIVISAO DOS PODERES: ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E ATUALIDADE. Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional. São Paulo. 2017.

NOGUEIRA, Octaciano. 1824/Octaciano Nogueira. — (Coleção Constituições brasileiras; v. 1). — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

MARTINS, Rodrigo. Pontos de Divergência: Supremo Tribunal Federal e comportamento judicial. Tese apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para obtenção do título de doutor em Ciência Política. São Paulo, 2018.

MENEGON, Thiane Oliveira De Almeida. A LEGITIMIDADE DA INDICAÇÃO DOS MEMBROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELO CHEFE DO EXECUTIVO SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, com Linha de Pesquisa em Direito Público. Criciúma, 13 de julho de 2018.

MOSNTESQUIEU. O Espírito das Leis; apresentação Renato Jamine ribeiro; tradução Cristina Murachco. — São Paulo: Martins fontes, 1996. Edição de 2000.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno Peixoto. Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros. São Paulo: Método, 2012.

PAES, Taise Sossai .A INFLUÊNCIA DO PROCESSO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DA SUPREMA CORTE NA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DO PROCEDIMENTO DA SABATINA DOS INDICADOS PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Dissertação para obtenção do grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro – Mestrado Profissional em Poder Judiciário Área de concentração: Práticas Jurisdicionais de Fim. RIO DE JANEIRO, 2011.

POLETTI, Ronaldo. 1934/Ronaldo Poletti.— (Coleção Constituições brasileiras ; v. 3). — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PORTO, Walter Costa. 1937/Walter Costa Porto. — (Coleção Constituições brasileiras; v. 4). — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> > Acesso em: 21 de mai. 2020.

RIBEIRO, R. S. O Processo de Indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise crítica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2015 (Texto para Discussão nº 174). Disponível em: < [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos) >. Acesso em 11 de maio de 2015.

SARMENTO, Daniel. Jurisdição Constitucional e política/coordenação Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. 2010. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ, Brasília, 2010

TÁCITO, Caio. 1988/Caio Tácito. — (Coleção Constituições brasileiras ; v. 7). — 3. ed. — Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

.

.

## RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

### ANEXO I

#### APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante

do Curso de DIREITO matrícula 20162000102089 , telefone: (62) 9 82502394, e-mail [baikefranco@hotmail.com](mailto:baikefranco@hotmail.com) , na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado

**A PROBLEMÁTICA DA VITALICIEDADE E DO PROCESSO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 03 de dezembro de 2020.

Assinatura do(s) autor(es):



Nome completo do autor: MARCOS HENRIQUE FRANCO BARBOSA

Assinatura do professor-orientador:



Nome completo do professor-orientador: ELIANE RODRIGUES NUNES