

A ANÁLISE DE QUESTÕES POLÍTICAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DE SUA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

A REVIEW OF POLICY ISSUES FOR FEDERAL SUPREME COURT AND THE NEED TO AMEND ITS ORGANIZATIONAL STRUCTURE

*Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal na análise de questões políticas frente aos direitos fundamentais. O estudo do tema reflete a preocupação sobre a compatibilidade da estrutura do órgão de cúpula do Judiciário Brasileiro com o princípio democrático, pois no exercício da jurisdição constitucional ele enfrenta questões eminentemente políticas que exigem uma representatividade popular. O trabalho permitiu concluir que se faz necessária uma reestruturação do STF para que ele assuma a forma de uma corte constitucional propriamente dita, compatibilizando-se com as exigências de um Estado democrático de Direito.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Direitos fundamentais; Questões políticas; Legitimidade democrática; Corte constitucional.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the democratic legitimacy of the Supreme Court in the analysis of policy issues facing the fundamental rights. The study of the issue reflects concern about the compatibility of the structure of the top organ of the Brazilian judiciary with the democratic principle, because the exercise of constitutional jurisdiction he faces political issues that require popular support. The study concluded that it

* Mestre em direito Constitucional pela universidade de Fortaleza; Professor Universitário; Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Av. Washington Soares, n. 525, Ap. 702, Edso Queiroz, Fortaleza/CE. e-mail: nilsiton_aragao@hotmail.com.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

is necessary to restructure the Supreme Court so that it takes the form of a constitutional court itself by making it compatible with the requirements of a democratic state of law.

Keywords: Supreme Court; Fundamental rights; Political issues; Democratic legitimacy; Constitutional court.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar as funções atualmente exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial o enfrentamento de questões de cunho eminente, políticas por imposição da aplicação de direitos fundamentais, de modo a saber se as especificidades desta competência não exigem mais legitimidade democrática de seus membros. O assunto comporta grandes controvérsias jurídicas, que remontam aos mais basilares preceitos de uma ordem jurídica, refletindo, hoje, um dos aspectos de maior relevância na formação e na manutenção do Estado Democrático de Direito.

Embora o tema sempre tenha encontrado lugar na pauta dos principais debates jurídicos nacionais, ganhou nova tônica no contexto mundial contemporâneo, especialmente a partir da segunda metade do século XX, momento em que a efetivação dos direitos fundamentais revelou-se como medida indispensável à consecução dos objetivos centrais do Estado no cenário de reconstrução da ordem internacional. Contudo, com esta alteração, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro passou a exercer suas atribuições sob uma perspectiva político-jurídica, inclusive interferindo de maneira incisiva na órbita de competência dos demais poderes.

Assim, a atualidade e a relevância prática e teórica do assunto já fundamentam, demasiadamente, a escolha do tema para a construção de um estudo científico. Neste cenário de extremos embates doutrinários, pretende-se analisar os pontos problemáticos da estruturação do Supremo Tribunal Federal, em especial quanto à sua legitimidade democrática e à necessidade de controle.

No desenvolvimento do presente trabalho, será inicialmente abordada a análise de questões políticas na jurisdição constitucional. Depois, serão abordados a legitimidade e o controle do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. Por fim, serão indicados os pontos controversos da organização do Supremo Tribunal Federal e feitas propostas de alteração para que este órgão possa assumir feições mais adequadas à realidade democrática.

Como visto, o presente trabalho destina-se a fazer incidir os preceitos básicos de um estado democrático na estruturação do Supremo Tribunal Federal, no intento de garantir mais efetividade e eficácia às decisões por ele proferidas.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 81-108, jan./jun. 2012

O ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES POLÍTICAS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

De certo modo, toda a atividade jurisdicional possui uma conotação política, pois atualmente resta superada a concepção de aplicação normativa como uma atividade de cunho meramente silogístico, sendo certo que o magistrado faz escolhas ao proferir decisões, dando vida à letra fria da lei. Esta possibilidade de escolha, ou seja, o reconhecimento de uma margem de discricionariedade na aplicação do direito, reflete um caráter político, atualmente reconhecido e aceito sem maiores problemas.¹

Por exemplo, no controle de constitucionalidade a divisão entre as matérias políticas e jurídicas não fica bem delimitada, pois o Judiciário, na apreciação da compatibilidade dos atos dos demais poderes com a Constituição, terá de analisar matérias que, em sua essência, são políticas. Com isso, começa a ser discutido se todas as ações dos demais poderes podem ser analisadas pelo Judiciário ou se haveria uma limitação quanto a certos temas que possuem natureza eminentemente política e, por esta razão, deveriam ser tratadas exclusivamente pelos poderes políticos, não podendo ser objeto do controle de constitucionalidade.

Por outro lado, os direitos fundamentais trazem em si um conjunto de fatores que fazem com que o poder criativo do intérprete seja potencializado, de tal modo que as limitações ordinárias da norma jurídica não surtem o efeito desejado sobre a atuação dos magistrados. A moldura normativa que deveria limitar a atividade do julgador é excessivamente expandida e, em alguns pontos, dificilmente visualizada. Os métodos interpretativos clássicos, por sua vez, mostram-se insuficientes. Sem as amarras objetivas necessárias para restringir o subjetivismo do julgador, abrem-se margens para que prevaleça a decisão do intérprete na construção da norma do caso concreto em uma atuação que, assim como os próprios direitos fundamentais, titubeia entre as searas jurídicas e políticas.

¹ Assim observa Dalmo de Abreu Dallari: “O juiz sempre terá de fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito. A solução do juiz será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado. [...] O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégio, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente numa discriminação social”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89-90.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

Logo, essa transposição da fronteira das questões jurídicas e políticas pelo Judiciário é um efeito colateral inevitável da imposição de defesa dos direitos fundamentais por intermédio do controle de constitucionalidade, pontos centrais da jurisdição constitucional. Diante desta exigência, observa-se que a função jurisdicional ganha nova tônica, favorecendo uma ampliação do campo de atuação do Judiciário, que passa a transpor os limites de competência dos demais poderes. Este fenômeno vem sendo denominado genericamente de “ativismo judicial”, referido mais especificamente como “juízes legisladores” no que se refere à atuação no campo do Legislativo e de “governo dos juízes”, no que diz respeito à esfera das atribuições do Executivo.

Neste contexto, passa-se a discutir a legitimação democrática do poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No atual estado democrático de direito, para que os membros de determinado poder estatal sejam tidos como legítimos, não basta que ingressem nos cargos com base nas leis, pois o conceito de legitimidade não se equipara à simples legalidade.² É necessário que estas leis mantenham sintonia com os preceitos básicos de uma democracia, ou seja, devem elas garantir que a vontade popular prevaleça.

A Constituição de 1988, ao qualificar o Estado brasileiro como federado, democrático e de direito, procedeu à limitação do poder estatal, por meio de quatro ferramentas básicas: a identificação da titularidade popular deste poder (art. 1º, parágrafo único); a fragmentação das três funções básicas a ele inerentes (art. 2º); a repartição da competência para o exercício do Poder entre entes federados (art. 1º, *caput*); e a delimitação de seu campo de atuação pelos direitos fundamentais (art. 5º e demais direitos incluídos pelos seus §§ 2º e 3º). Diante da máxima importância destas quatro pilastras básicas do novo Estado, foram elas alçadas ao nível de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), tornadas perenes pela proibição de sequer serem discutidas propostas tendentes a aboli-las.

O princípio democrático está insculpido no parágrafo único, art. 1º, da Constituição, com a seguinte redação: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta

² Paulo Bonavides conceitua legitimidade nos seguintes termos: “A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar. No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 121.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

Constituição”. Os representantes dos Poderes Legislativo e Executivo são escolhidos democraticamente, por meio de sufrágio popular, o que implica dizer que os atos emanados destes dois Poderes estatais são atos indiretamente praticados pelo povo, nos termos do dispositivo constitucional citado.³

Em razão de certas especificidades que cercam o Poder Judiciário, em especial a necessidade de imparcialidade, admitiu-se que a sua legitimação se desse de maneira diversa da dos demais poderes do Estado, ou seja, independente de uma escolha democrática, com participação direta do povo. Ocorre que, com a jurisdição constitucional, principalmente na nova perspectiva de atuação do Judiciário frente às exigências de efetividade dos direitos fundamentais, que em determinados casos não só autoriza como impõe a invasão do âmbito de decisão política dos demais poderes, surgem dúvidas quanto a sua compatibilização com as exigências de legitimidade democrática.⁴

Trata-se de uma discussão, de certo modo, paradoxal. Por um lado, o exercício da jurisdição constitucional se justifica, inicialmente, como garantia da legitimidade democrática, visando a garantir os limites constitucionais à vontade da maioria, expressa nos atos dos poderes públicos, ou seja, evitar que uma classe dominante ou majoritária imponha seus interesses reprimindo minorias étnicas, religiosas, políticas, econômicas etc.⁵ Porém, por outro lado, gera o pro-

³ Sobre o tema, leciona Arnaldo Vasconcelos: “A fundação do Estado importa, em termos definitivos, um ato de transferência de poder. Isso não resulta na alienação de sua titularidade, que permanece intacta, como corpo social; recebe o Estado, apenas, delegação para exercitá-lo. E o fará em nome do povo. É a teoria que nos legou o Liberalismo, como tal positivada nos textos constitucionais modernos, a exemplo do nosso, onde se lê: ‘Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’ (Art. 1º, parágrafo único). Projetando-se a formulação no plano jurídico, tem-se que, enquanto o Estado se converte em juiz da legalidade, fica o povo como árbitro supremo da legitimidade”. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 259.

⁴ Este problema já havia sido suscitado pelo próprio Kelsen: “É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional. Não se pode negar que os especialistas também podem – consciente ou inconscientemente – deixar-se determinar por condições de ordem política. Se esse perigo for particularmente grande, é quase preferível aceitar, em vez de uma influência oculta e, por conseguinte, incontrolável dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do tribunal, por exemplo, fazendo com que uma parte das vagas seja preenchida por eleições realizadas pelo Parlamento, levando-se em conta a força relativa dos partidos. Se as outras vagas forem atribuídas a especialistas, estes poderão levar muito mais em conta as condições puramente técnicas, porque então sua consciência política se veria aliviada pela colaboração dos membros a que caberia a defesa dos interesses propriamente políticos”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 154-155.

⁵ José Afonso da Silva ressalta a importância desta concepção: “Esse procedimento de verificação da legitimidade das leis é tanto mais importante quanto mais a lei se torna um instrumento de governo, de interferência na esfera de autonomia das pessoas. É preciso, assim, estruturar meios adequados e eficazes de precaver-se contra a ameaça do legislador, que servindo-se desse instrumento, pode instaurar um regime de força, transformando a força da lei numa lei de

blema da representatividade democrática do próprio Judiciário no exercício desta jurisdição constitucional, uma vez que seus membros não são representantes do povo eleitos pelo sufrágio.

Empecilhos à escolha democrática dos membros do Judiciário

Para melhor compreender os meandros desta polêmica controvérsia jurídica e política, impõe-se inicialmente entender a razão de o Judiciário não ser tradicionalmente formado mediante o sufrágio popular, como os demais poderes. Em um primeiro momento histórico, na formação do estado liberal, sua função era tida como uma atividade extremamente objetiva, praticamente sem nenhum poder decisório. Como sua atuação estava estritamente ligada e subordinada à do Poder Legislativo, a exigência de representatividade se exauria no âmbito do legislativo quando da criação da lei. A legitimidade democrática do Judiciário era, portanto, de certo modo, importada do legislativo por intermédio da lei ou, de modo mais pragmático, simplesmente desnecessária.

Mesmo com a superação desta concepção e o reconhecimento do poder criativo do intérprete, a escolha não democrática de seus membros permaneceu. Ponderando entre a necessidade de representatividade e as exigências de independência e capacidade técnica dos julgadores, entendeu-se que o sufrágio não se coadunava completamente com a atividade jurisdicional. Contribuiu para a aceitação de tal déficit democrático a noção de criatividade jurisdicional limitada pela moldura normativa, pois, embora com uma margem de discricionariedade, as decisões judiciais ainda se mantinham limitadas pela lei.⁶

Com o fortalecimento do movimento constitucionalista, superando-se os questionamentos iniciais que cercavam a força jurídica de suas normas, em especial com o reconhecimento da juridicidade dos princípios de direitos fundamentais, o Poder Judiciário ganha novas atribuições no exercício da jurisdição constitucional. Por imposição da defesa e efetivação dos direitos fundamentais, passa ele a atuar sobre, e não sob, a lei, interferindo na órbita dos demais Poderes, inclusive em questões políticas que tenham contato com os direitos fundamentais.

força". SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.

⁶ Segundo Ronald Dworkin: "A conhecida história de que a decisão Judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam as leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida. Não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato". DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

O Poder Judiciário deixa de estar subordinado aos limites da lei, para ditar os limites da lei. Quando os direitos fundamentais não possuíam força normativa, o julgador somente poderia atuar segundo os preceitos das leis infraconstitucionais, função na qual a discussão de validade desta lei era uma realidade quase inexistente. Com o reconhecimento do *status* superior das normas de direitos fundamentais, o Judiciário passou a ter a função de defender a Constituição, estabelecendo os limites da atividade legislativa e executiva. A Constituição está no vértice da pirâmide do ordenamento jurídico e no centro desta estão os direitos fundamentais, de modo que quem dita, em última instância, o significado destas normas controla a atuação dos demais poderes.

Esta nova conjuntura não permite mais que se extraia sua legitimidade democrática do Legislativo por meio do texto legal, porém não altera em nada as discussões sobre as incompatibilidades da função jurisdicional com as eleições populares. Da mesma forma que o legislador e o administrador necessitam da eleição para bem desempenhar suas funções, o julgador deve a ela ser alheio para melhor realizar seu ofício.

Mauro Cappelletti⁷ defende que o processo judicial se diferencia dos de natureza política pela presença de características essenciais que podem ser sintetizadas em três aforismas latinos, quais sejam: *nemo iudex in causa propria* (ninguém pode ser juiz em causa própria); *audiatur et altera pars* (ouça-se também a parte contrária); e *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor). Estariam, portanto, na imparcialidade, no contraditório e na inércia inicial os três aspectos que tornariam essencialmente distintas as atividades políticas das jurídicas.

O legislador e o administrador não podem esperar provocação para agir, não podem, também, deixar de agir por possuírem interesse na causa e, por fim, não é indispensável que aqueles que tenham interesses opostos se manifestem expressamente. Tudo isso porque sua parcialidade é justificada e exigida pela representatividade popular de seus membros, já que eles foram eleitos por seus ideais e devem ser parciais na defesa destes.⁸ Ao contrário, o julgador tem de ser imparcial, devendo manter-se equidistante dos interesses das partes para poder proferir uma decisão que atenda aos valores do ordenamento, e não aos seus.

87

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 75.

⁸ Reflete Mauro Cappelletti nos seguintes termos: “Na minha opinião, ninguém veria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como as partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem pessoas ou grupos, deles se fazendo defensores, por não conceberem audiência aos interesses de pessoas e grupos contrapostos, por darem, enfim, início aos seus procedimentos sem atender ao pedido do sujeito ou grupo interessado” (CAPPELLETTI, op. cit., p. 76-77).

Não raro os casos relativos a direitos fundamentais estão cercados de enorme controvérsia política que envolve interesse de grupos econômicos dominantes, ideologias partidárias, valores constitucionais que dividem a opinião pública ou outras situações externas que pressionam a tomada de uma ou outra posição.

Quando estas questões são apreciadas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, seus membros, escolhidos mediante sufrágio popular, sofrem uma forte pressão externa, em razão do compromisso assumido perante o eleitorado e grupos que apoiaram sua candidatura. De tal modo, elas serão fundamentais na tomada de suas decisões para evitar eventual impopularidade que comprometeria a continuidade de suas carreiras com a substituição nas eleições seguintes. Os magistrados não podem estar expostos a esta realidade, pois têm que ser imunes a fatores externos não jurídicos, para proferir uma decisão que privilegie os valores jurídicos preestabelecidos no sistema.⁹ Por isso, a eleição não se harmoniza perfeitamente com a atividade jurídica.¹⁰

Diante do que foi dito até aqui, duas conclusões são inevitáveis sobre o exercício da jurisdição constitucional: 1) atualmente, a atuação do Judiciário não se limita à seara jurídica, alastrando-se em alguns casos para questões políticas; e 2) o Judiciário de fato carece de representatividade democrática, mas esta realidade é imprescindível para o exercício de suas funções institucionais. Observa-se que o enfrentamento de questões políticas e a exigência de legitimidade estão intimamente interligados, de modo que são diretamente proporcionais, ou seja, quanto maior for o caráter político do assunto enfrentado pelo julgador, maior será a exigência de uma legitimação democrática, e vice-versa.¹¹

⁹ É exatamente o que observa Ronald Dworkin: “Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

¹⁰ No mesmo sentido, o escólio de Fábio Konder Comparato: “O povo não pode atuar, ao mesmo tempo, como acusador e julgador; ele não pode decidir, por exemplo, se a manifestação da sua vontade numa eleição, num referendo ou num plebiscito é conforme ou não à ordem jurídica, pois numa república a ninguém é lícito atuar como juiz em causa própria. É por aí que se deve entender a posição do Judiciário, na organização democrática de poderes. Ele não é nem pode ser representante do povo, mas atua sempre como árbitro de todos os conflitos de interesse, inclusive quando o povo é uma das partes em causa, como demandante ou como demandado. A qualidade essencial do árbitro, escusa lembrá-lo, é a sua imparcialidade”. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 678.

¹¹ É o que também observa Renato Stanzola Vieira: “Malgrado se defenda que a legitimidade da origem da Jurisdição Constitucional radique em aspectos jurídico-constitucionais assentados na história da democracia brasileira – e por isso, alheios ao questionamento presente, sobretudo nos Estados Unidos da América, não se pode fechar os olhos à constatação de que a atuação judicial, no Brasil e nos demais países que têm Jurisdição Constitucional, é, a um tempo, jurídica e política. E neste ponto é que se mostra relevante o estudo dos limites de sua legitimidade, à luz do ideal democrático brasileiro”. VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 279.

A necessidade de legitimação democrática diante do caráter político da jurisdição constitucional

Resta agora medir a gravidade deste problema, mas, para tanto, é necessário analisar, em apartado, o exercício da jurisdição constitucional dos órgãos do Judiciário responsáveis pelo julgamento de casos concretos e do Supremo Tribunal Federal, órgão que faz as vezes de Corte Constitucional no Brasil, pois a conclusão nos dois casos não é idêntica.

No que concerne à jurisdição ordinária, ou seja, o julgamento de casos concretos, o problema não carrega grande complexidade, pois o déficit de legitimidade é proporcional ao baixíssimo número e grau de questões políticas em debate.

Por um lado, na quase totalidade dos casos da jurisdição comum, o objeto em litígio entre pessoas é o reconhecimento da existência e/ou violação de um direito subjetivo. Em tais hipóteses, é difícil imaginar situações em que questões políticas sejam levantadas de maneira autônoma, sem estar substancialmente conectadas à efetividade do direito de uma das partes da demanda. Por outro lado, embora os julgadores não sejam eleitos direta ou indiretamente, mas nomeados na carreira da magistratura por aprovação em concurso público, com exceção dos membros de tribunais de segunda instância provenientes do quinto constitucional, o contraditório realizado no processo lhes garante certo grau de legitimidade.

Para proferir uma sentença que somente surtirá efeito direto sobre os litigantes de um processo específico, o juiz não precisa de uma autorização de toda a população do Estado, mostrando-se suficiente a participação das partes envolvidas, o que se dá com o contraditório. Os interessados na resolução da lide terão o poder de participar ativamente na construção do resultado do processo, interferindo e limitando a tomada de decisão do julgador. Nestes termos, a discricionariedade que os direitos fundamentais dão ao julgador, potencializando seu poder criativo, não é exercida de forma livre e isolada, mas em conjunto com as partes e limitada aos termos dos pedidos, aos argumentos e às provas dos autos.

Assim, na jurisdição comum, não há muito que se questionar sobre a falta de legitimidade dos membros do Judiciário; contudo, nas hipóteses de jurisdição constitucional exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, a lógica é diferente.

Em tais casos, a matéria em discussão é analisada abstratamente, independentemente de um caso concreto, e o julgamento terá efeito *erga omnes*. Não existem partes, e sim legitimados para propositura da ação, que não agem em interesse próprio, mas no interesse da nação. Na ausência de interesses contrapostos, o processo é eminentemente objetivo, não versando sobre direitos subjetivos individualizados, e sim sobre a validade de um ato, independentemente de

uma aplicação prática desta. Diante desta peculiaridade, as questões que são postas em análise se distanciam dos direitos individuais e se aproximam das prerrogativas decisórias de uma política administrativa ou legislativa.

A despeito da grande carga política das questões julgadas pelo Supremo Tribunal Federal na condição de Corte Constitucional, seus membros carecem de uma representatividade democrática a elas proporcional. Estas atribuições não foram ignoradas pelo constituinte, tanto que a nomeação de seus membros segue uma lógica diversa daquela utilizada para os magistrados singulares e demais membros de tribunais. Os ministros do STF são indicados pelo Presidente da República, submetidos a uma sabatina dos membros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e, depois, votados pelo plenário desta mesma Casa Legislativa, para, finalmente, serem nomeados pelo Presidente da República. É nesta participação conjunta do Executivo e do Legislativo no procedimento de escolha dos ministros da Excelsa Corte que se busca extrair uma espécie de legitimidade democrática indireta.

Os adeptos desta tese se agarram à expressão “*nos termos desta Constituição*”, do enunciado do parágrafo único do art. 1º da Constituição, para defender a regularidade da representação popular do STF. Aduzem que, como o Presidente e os Senadores são escolhidos pelo povo e têm entre suas atribuições constitucionais a de escolha dos membros do Supremo, estes últimos possuiriam legítima representatividade democrática, pois teriam sido escolhidos por representantes do povo nos termos da Constituição.

90

Contudo, embora não se possa falar em inconstitucionalidade do procedimento, por ser previsto em norma constitucional originária, ele não mantém uma harmonia completa com o referido princípio democrático previsto na própria Constituição brasileira, uma vez que ele fala que o poder é exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos, não falando em representantes escolhidos por representantes eleitos.

É importante destacar que esta escolha pode ter exatamente a repercussão oposta à alegada. A incisiva interferência do Senado e, principalmente, do Presidente da República, na escolha dos ministros do STF, em vez de garantir maior legitimidade, pode comprometer a necessária independência destes julgadores. O mais provável é que este método crie não uma responsabilidade popular dos julgamentos, mas sim uma ideia de dívida ou um forte sentimento de gratidão para com os políticos que participaram de seu processo de escolha, prejudicando a imparcialidade em julgamentos nos quais estes tenham interesse.

Desta forma, a despeito da carga política que tomam as questões enfrentadas pelo STF, sua decisão deve se pautar unicamente em fundamentos jurídicos, devendo ser indiferente se esta será ou não politicamente correta. Diante de sua falta de representatividade democrática, não cabe ao Supremo fazer política por

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

intermédio da jurisdição constitucional. Sua função é analisar a compatibilidade dos atos políticos com a Constituição, devendo tratar as questões políticas no limite de uma argumentação jurídica, amenizando, assim, as incompatibilidades entre suas atribuições e sua legitimidade.¹²

Não se está a afirmar que os membros do STF tenham que ser eleitos nos mesmos moldes que os membros do Executivo e do Legislativo, visto que, como já dito, este procedimento é incompatível com a indispensável imparcialidade. Entretanto, a forma atual não lhes garante legitimidade e independência compatíveis com as atribuições de natureza política por eles desempenhadas, principalmente aquelas impostas pela efetivação dos direitos fundamentais.

O CONTROLE DO JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ampliação do poder criativo dos membros do Judiciário e o enfrentamento de questões com conotação política por este Poder, impulsionados pelo advento da força normativa dos direitos fundamentais, exigem também mais fiscalização de suas atividades. A aplicação dos direitos fundamentais não é uma atividade solta, na qual o magistrado possa decidir segundo interesses e valores particulares, mas tem sua extensão delimitada e norteada pelos próprios princípios constitucionais, nos quais estão consagrados os interesses e valores da nação. Para conter excessos de magistrados que se afastem deste mister, faz-se necessário que o Judiciário seja, de alguma forma, controlado.

Não obstante a premente necessidade deste controle, é importante observar que este não pode interferir na independência dos julgadores, atributo indispensável ao bom exercício da jurisdição. As especificidades da função desempenhada pelo Judiciário não permitem que ele seja alvo de um controle externo nos mesmos moldes dos outros poderes. Os membros do Judiciário necessitam de um ambiente de trabalho neutro para exercer suas atribuições institucionais com a necessária imparcialidade.

Em vista disto, são asseguradas aos magistrados as prerrogativas funcionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 95 da

¹² Segundo Jânio Nunes Vidal: “De qualquer forma, a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de questões constitucionais isentas de qualquer controle. Não se trata de fazer política através do controle de constitucionalidade, mas, sim, de apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da Constituição, a constitucionalidade da política. Já foi dito que, como regra geral, a jurisdição constitucional tem como objetivo apreciar a constitucionalidade do político. Todavia, isso não significa transformá-la em simples jurisdição política. A jurisdição constitucional deve decidir de acordo com princípios fixados na própria Constituição, destacando-se, entre eles, o princípio democrático”. VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre polícia e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 162.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

CF/88), que visam a assegurar exatamente esta independência, com o fito de proteger, de maneira imediata, o magistrado, mas visando, em última instância, à própria sociedade, que será contemplada com as benesses de decisões imparciais.

Por esta razão, não se admite a interferência externa de outro órgão na atividade jurisdicional, o que de fato é razoável. Ocorre que, no exercício da jurisdição constitucional, a atuação do julgador ganha novas feições, mais políticas e de maior liberdade criativa, características que impõem que o tema seja novamente colocado nas pautas de discussão. Assim como no estudo da legitimidade, não é possível analisar o controle do Judiciário de maneira geral, pois, igualmente, o exercício da jurisdição pelos órgãos do Judiciário responsáveis pelo julgamento de casos concretos e do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional se diferenciam substancialmente.

O controle do Judiciário no exercício da jurisdição comum

No exercício da jurisdição ordinária, de maneira mais intensa pelos juízes singulares e tribunais de segunda instância, observa-se uma espécie de controle por parte dos tribunais superiores, que limitam a liberdade dos magistrados por meio do reexame dos julgados pela via recursal.

92

No sistema hierarquizado do Judiciário nacional, a independência dos julgadores acaba sendo progressivamente reduzida quanto mais se aproxima da base. Teoricamente, não existe hierarquia entre os diversos órgãos do Poder Judiciário, apenas uma divisão de competências, mas, na prática, observa-se uma influência decisiva dos tribunais superiores nos de segunda instância, e destes nos juízes singulares, explicada principalmente pelo controle da ascensão funcional e pela crescente importância da jurisprudência refletida na tendência sumular que vem assumindo o direito nacional. Assim, os tribunais superiores acabam impondo seu entendimento do direito aos demais, de modo que a teórica independência interna se restringe ao órgão de cúpula do Judiciário.¹³

O juiz singular, magistrado que mais se aproxima da população e, na maioria das vezes, o único que tem contato direto com as partes e com o procedi-

¹³ Marcelo Ribeiro Uchôa também observa a limitação causada pela organização hierarquizada do Judiciário: “De uma forma ou de outra, a nação ainda engatinha rumo à conquista de um modelo de judiciário verdadeiramente democrático. Por isso, mantêm-se intensamente presentes problemas decorrentes da obtusa formação *napoleônica* que, ao prestigiar excessivamente a concentração de poder na cúpula dos tribunais (poder que se manifesta não apenas pela possibilidade revisional das decisões judiciais, mas também pela atribuição de promover, fiscalizar e punir), acabam por atingir diretamente a independência (atributo essencial à imparcialidade) do magistrado da base”. UCHÔA, Marcelo Ribeiro. *Controle do judiciário: da expectativa à concretização* (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça). Florianópolis: Conceito, 2008. p. 27.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

mento contraditório de produção de provas, é, por excelência, o julgador que tem melhores condições de enfrentar o problema concreto e adaptar o direito às peculiaridades do caso. Todavia, a atuação destes magistrados estará consideravelmente limitada, não só pelos preceitos normativos do legislativo, como seria de se esperar, mas, principalmente, pela interpretação dada pelos tribunais a que está submetido.

Esta realidade não é de todo má, pois a unificação das interpretações das normas jurídicas é uma medida que garante mais segurança jurídica ao direito. O problema é a força com que se impõe a aplicação do precedente jurisprudencial, em que a posição de subordinação na qual o juiz é colocado retira a possibilidade de entender, de forma diversa, realidade levada ao extremo com institutos como a súmula impeditiva de recurso e a súmula vinculante. Mesmo com a significativa alteração da função jurisdicional frente às exigências dos direitos fundamentais, o constituinte brasileiro foi tímido na reestruturação do Poder Judiciário, com o advento da Constituição de 1988. As antigas concepções, ainda muito fortes no final da década de oitenta, nas quais se ignorava o poder criativo dos julgadores, fizeram com que a mesma formação que prevalecera durante o período ditatorial vigorasse em um estado democrático de direito.¹⁴

Some-se à revisão recursal acima comentada o controle realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão criado com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, com a função precípua de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes nos termos do art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal. Este órgão, desde sua criação, vem atuando de maneira incisiva, corrigindo graves falhas que permeavam o Judiciário nacional, de modo que é possível dizer que ele, até agora, atendeu satisfatoriamente à finalidade para a qual foi designado, suprimindo a deficiência que se visualizava nas corregedorias que vinham se mostrando omisas no desempenho de suas funções.¹⁵

¹⁴ Quanto a este aspecto, também critica Marcelo Ribeiro Uchôa: “A estrutura do Judiciário do país é de tal sorte hermética que sequer o constituinte originário da década de 80 foi capaz de imprimir-lhe significativas alterações na forma e na composição. Sua substância manteve-se praticamente inalterada antes e depois da promulgação da Carta de 1988, o que comprova que o modelo tradicional é adaptável tanto ao totalitarismo quanto ao regime democrático” (UCHÔA, 2008, p. 26).

¹⁵ Dalmo de Abreu Dallari comenta a dificuldade de controle externo no que diz respeito às corregedorias: “Na realidade, as cúpulas dos tribunais estão fora de controle, o que é incompatível com a exigência de responsabilidade administrativa prevista na Constituição e inerente à sociedade democrática. Como a prática tem demonstrado, as Corregedorias dos Tribunais, em muitos Estados, raramente atuam punindo um juiz. E quando agem, às vezes até com exagerado rigor, é para controle e punição de juízes de instância inferior, mas são absolutamente omisas, por falta de competência legal ou por solidariedade corporativa, quanto às falhas, às vezes muito mais graves, dos membros do tribunal” (DALLARI, 2007, p. 42).

Assim, a jurisdição comum encontra, na própria estrutura organizacional do Judiciário, uma forma de controle. Por um lado, em sua função precípua, a jurisdicional, sofre uma espécie de fiscalização dos órgãos superiores por intermédio da possibilidade de reexame das decisões pela via recursal. Por outro lado, em suas funções atípicas, administrativa e legislativa, é fiscalizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Desta forma, é possível afirmar que a jurisdição comum encontra-se atualmente com uma estrutura de controle satisfatória, ainda que não na concepção de um controle externo, de difícil aceitação, em virtude da imposição da independência e da imparcialidade necessárias ao exercício da atividade julgadora.

O controle do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional

No que concerne ao Supremo Tribunal Federal, a realidade não é a mesma. Ele é o único órgão do Judiciário que não está submetido a fiscalização alguma, uma vez que o controle no âmbito deste poder é unicamente interno e o STF encontra-se no topo da estrutura hierarquizada do Judiciário Nacional. A superioridade do Supremo é facilmente visualizada no art. 92 da Constituição Federal, pelo qual se observa que ele está no topo da estrutura organizacional, logo não existe órgão que reveja suas decisões em grau recursal e não esteja sujeito ao controle do Conselho Nacional de Justiça, mas, ao contrário, o controla.

94

Trata-se de uma formulação herdada da concepção formalista da atuação do Judiciário, pela qual não se concebia uma noção de criatividade jurisdicional na aplicação da norma jurídica, sendo a valoração de fatos função exclusivamente exercida pelo Legislativo. Por este modo de compreensão, ao Judiciário cabia somente a execução destes direitos, segundo critérios lógico-dedutivos, quase matemáticos, consistentes na comparação de premissas que indicam uma única possibilidade de resposta, na qual o trabalho do magistrado se resume a uma subsunção silogística dos fatos às normas e o limite interpretativo é dado pela moldura contida na própria norma.¹⁶ Diante desta postura, não havia razão para a existência de um controle externo.

¹⁶ Esta posição é resumida por José de Albuquerque Rocha: “Decorrência implícita da aplicação ao estudo do direito da lógica dedutiva é induzir o jurista a conceber a norma a interpretar e aplicar como um dado carregado de significação, como algo perfeito e acabado, vale dizer, como ‘objeto’ de seu ‘conhecimento’, e, portanto, como premissa inequívoca do seu raciocínio e não como uma etapa no processo de criação do direito, que, embora de grande importância, não é, contudo, o produto final deste processo de criação do direito, exigindo, pois, seu desenvolvimento pelo jurista, por meio da interpretação, para que possa tornar-se operativa no sentido de apta a regulamentar às mutáveis situações da vida. Visão que, como é inerente à lógica dedutiva, coloca o intérprete em posição claramente passiva diante da ‘vontade do legislador’, que lhe caberia, simplesmente, ‘reconstruir’, valendo-se de recursos históricos, psicológicos, lógicos etc., o que seria mais uma justificativa para a concepção tecnicista da interpretação defendida pela doutrina tradicional”. ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 72-73.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

Contudo, com a evolução do pensamento jurídico, e com o amadurecimento das funções exercidas pelos poderes estatais, observou-se que a valoração dos fatos jurídicos não se encerra com a edição da lei, pois na aplicação da norma igualmente faz-se necessária a observância dos valores que fundamentaram a sua criação. E, como anteriormente colocado, principalmente por imposição dos direitos fundamentais, o Judiciário passa a efetivamente criar o direito do caso concreto, inovando, portanto, no ordenamento jurídico.

Esta criatividade jurisdicional se manifesta com mais força e frequência no Supremo Tribunal Federal, órgão genuinamente responsável pela jurisdição constitucional e pela defesa dos direitos fundamentais. Destarte, o órgão de cúpula do Judiciário nacional é o que mais necessita de um controle efetivo, já que possui uma área de discricionariedade tão ampla que se assemelha a dos demais Poderes, refletida no papel de intérprete das normas constitucionais.

É, assim, um “superpoder”, bem representado pela afirmação de que “a Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é”, expressão que se popularizou no meio jurídico. Esta conjuntura, somada à carência de legitimidade, destoa da essência democrática estabelecida com a Constituição, favorecendo práticas abusivas que podem comprometer a regularidade institucional do Brasil.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

95

Relembrando tudo o que foi dito até agora sobre o Supremo Tribunal Federal, observa-se que este órgão passou a ter uma postura mais ativa, interferindo incisivamente na órbita de competência dos demais poderes, enfrentando questões eminentemente políticas, mas carecendo de legitimidade democrática e de um controle efetivo de suas funções. Esta realidade demonstra que o modelo pensado pelo constituinte originário de 1988 não se coaduna perfeitamente aos valores sociais que vigoram na atualidade.

A solução para tal incoerência estrutural está em uma necessária reforma do Poder Judiciário, com foco especial para o Supremo Tribunal Federal, medida já muito reclamada pela doutrina, embora com poucas manifestações práticas.

Alguns autores sugerem que esta reformulação da Excelsa Corte é necessária inclusive para que o STF possa ser considerado uma Corte Constitucional propriamente dita. Criando-se um órgão separado do Poder Judiciário e com uma formação mais democrática, destinado ao controle de compatibilidade dos atos dos três Poderes, seriam resolvidos, de uma só vez, os problemas de deficiência de legitimidade e controle. Como o procedimento de escolha dos membros da Corte Constitucional seria mais democrático, admitindo-se de alguma forma a participação popular, não existiria problema algum em realizar o controle de

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 81-108, jan./jun. 2012

constitucionalidade dos poderes públicos. Da mesma forma, tendo eles representatividade popular, não seria necessário um controle externo propriamente dito, pois a prestação de contas seria feita perante a própria sociedade.¹⁷

Segundo os ensinamentos de José de Albuquerque Rocha, para o STF poder ser qualificado como Corte Constitucional, faz-se necessária a conjugação de cinco características essenciais: a previsão constitucional de sua organização; o procedimento democrático de eleição de seus membros; o mandato com duração determinada; o não exercício pelos membros de outros empregos ou funções; e a competência para defesa das normas constitucionais.¹⁸

Na trilha das críticas doutrinárias, conclui-se pela necessidade de realização de reformas na estrutura básica deste Órgão para que possa desempenhar suas atribuições. Seguem algumas propostas de alteração relacionadas com os problemas que se mostram mais graves e urgentes:

¹⁷ Adverte Willis Santiago Guerra Filho: “A falta de semelhante órgão judicante pode ser apontado como maior defeito no nosso sistema jurídico-político, pois o Supremo Tribunal Federal não corresponde exatamente a esse perfil, defeito esse que, mais do que qualquer outro, se deveria sanar através de uma reforma constitucional. É certo que, realisticamente, não se vislumbra grandes possibilidades de que tal aconteça. Perdemos, com isso, aquela que se revela, em outros países, como uma das principais arenas de debate político, responsável maior pela promoção quotidiana do avanço da democracia, nos quadros do Estado de Direito”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 26-27.

¹⁸ Vejam-se os ensinamentos de José de Albuquerque Rocha: *a) Estatuto constitucional*. Isto quer dizer que o tribunal constitucional deve ser previsto na Constituição, que disporá sobre sua autonomia estatutária, organização administrativa e financeira, competência e garantias de independência de seus membros, colocando-o, assim, fora do alcance dos demais Poderes e autoridades estatais. *b) Designação dos juízes por critérios político-democráticos*. Os membros do tribunal constitucional, à diferença dos tribunais judiciais, não são juízes de carreira alçados aos cargos por meio de concursos técnicos ou de promoções regulares, que são os critérios tradicionais de designação na justiça comum. Sua escolha é democrática, mediante eleição, da qual participam as casas legislativas, que indicam a maioria de seus membros, os poderes Executivo e Judiciário, o Ministério Público, e, bem assim, representação da chamada sociedade civil. *c) Duração do mandato*. Outro aspecto relevante é a duração do mandato dos membros dos tribunais constitucionais, que é sempre por tempo determinado e improrrogável. *d) Incompatibilidade*. Como garantia de independência dos membros estes não podem exercer outros empregos ou funções, principalmente de natureza política. *e) Competência*. A competência dos tribunais constitucionais é variável. Fundamentalmente, como é óbvio, cabendo-lhe garantir a primazia da Constituição através de formas e técnicas as mais diversas que, no entanto, em um esforço de síntese, poderíamos classificar como abstratas e concretas, conforme se destinem à defesa da ordem constitucional em abstrato ou à defesa de um direito subjetivo. Quanto à defesa dos direitos subjetivos, seria da maior conveniência a criação de um mecanismo capaz de permitir o acesso direto do usuário da justiça ao tribunal constitucional, destinado à proteção dos direitos e garantias fundamentais enunciados nos Títulos I e II da Constituição, a exemplo de alguns países, como a Espanha e a Alemanha (ROCHA, 1995, p. 82-83).

Procedimento mais democrático de eleição de seus membros

Como visto, em vários pontos deste trabalho, o estabelecimento de uma formação com maior legitimidade democrática é o ponto mais importante da necessária reformulação da estrutura organizacional do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

De acordo com o parágrafo único, do art. 101, da CF/88, “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Este modelo garante um forte poder de influência do Executivo sobre órgão de cúpula do Poder Judiciário, uma vez que o Presidente da República indica e nomeia seus componentes.²⁰ Embora não se possa apontar fatos incontestes da interferência do Presidente da República nestes julgadores, existem situações que revelam tal circunstância. Somente a título ilustrativo, ressalte-se que sete dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, portanto a maioria deles, foram nomeados pelo Presidente Lula durante os oito anos de sua gestão.²¹ Outro indicativo que logicamente, por si só, não compromete a parcialidade e/ou capacidade dos julgadores da Excelsa corte, mas demonstra uma dissonância em relação à formação dos demais tribunais do país, está no fato de que poucos dos membros

¹⁹ Segundo o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, este é um dos elementos primordiais de uma Corte Constitucional: “De um modo geral, em todos os tribunais constitucionais criados no pós guerra, teve-se em conta a necessidade de legitimação democrática dos juízes através da participação dos órgãos de soberania, directa ou indirectamente legitimados, na eleição ou escolha dos seus membros. ‘A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático’ (Vidal Moreira). A favor desta ‘transparência política’ argumenta-se como o facto de ser preferível emanarem os juízes constitucionais de órgãos democraticamente legitimados, embora com indiscutível cunho político, do que de outros órgãos com um mundividência política também irrecusável, mas disfarçada num aparente ‘apartidarismo institucional’”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003. p. 682.

²⁰ Neste ponto, adverte Gérson Marques de Lima: “O modo de escolha dos membros do STF ofende, de uma só vez, todas estas ideias. Ademais, a sustentação é divorciada da realidade, porquanto é notória a existência de grupos de pressão sobre a Corte brasileira, especialmente proveniente do Planalto, de forma tanto velada quanto, em algumas questões, aberta. Basta lembrar-se da agitação do Planalto quando temas previdenciários, tributários e de processo constitucional são submetidos ao STF. E, nestas pressões, é regra de que os ministros nomeados por determinado ocupante da Presidência da República a ele se vinculam, acompanhando as suas diretrizes”. LIMA, Francisco Gérson Marques. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001. p. 48.

²¹ São eles: Cezar Peluso (2003); Carlos Ayres Britto (2003); Joaquim Barbosa (2003); Eros Roberto Grau (2004); Ricardo Lewandowski (2006); Cármen Lúcia (2006); Carlos Alberto Direito (2007); Dias Toffoli (2009).

do STF são originários da magistratura, realidade que decorre da forma específica de indicação.²²

Esta realidade favorece a descredibilidade da Suprema Corte, principalmente quando acompanhada da divulgação pela mídia de fatos que, embora não definitivamente comprovados, indicam a efetiva tentativa de interferência dos Presidentes da República no andamento e julgamento das ações que lá tramitam.²³

Por outro lado, a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal não representa um crivo forte da exigência constitucional de “*notável saber jurídico e reputação ilibada*”. Esta conclusão pode ser retirada da própria história moderna da Corte, pois, desde o advento da Constituição Federal de 1988, nenhuma das indicações foi rejeitada. De modo que, aparentemente, o Senado Federal nunca apreciou de maneira mais aprofundada as credenciais de um indicado ou sua orientação política e jurídica, refletindo sua participação neste processo de escolha uma mera formalidade.

Para alguns doutrinadores, a proposta atual atende à exigência democrática, pois, como o Legislativo e o Executivo são formados por pessoas democraticamente eleitas, a escolha dos membros do STF também o seria, embora de maneira mediata. *Data venia*, entendemos que o modo de nomeação indicado pela Constituição Federal não atende satisfatoriamente ao princípio democrático; pelo contrário, a decisão final realizada pelo chefe do executivo federal reflete um resquício das concepções existentes na época da ditadura militar vivida pelo Brasil e mesmo do período pré-republicano, nos quais a democracia inexistia.

A legitimidade democrática dos representantes desta Corte, como dito, é relevante, porque sua competência não se limita a uma atuação jurídica, mas, ao contrário, envolve decisões de conotação eminentemente política,²⁴ por exemplo,

²² Só para ilustrar, segue a lista do atuais componentes do STF, com a indicação de sua origem: Luiz Fux – Magistratura (Juiz TJ/RJ; Min. do STJ); Antonio Cezar Peluso – Magistratura (TJ/SP – juiz e desembargador) Rosa Maria Weber Candiota da Rosa – Magistratura (juíza do TRT e Ministra do TST); José Celso de Mello Filho – Ministério Público (MPE/SP); Marco Aurélio Mendes de Faria Mello – Ministério Público (Procurador do TRT 1ª Rg; Juiz do TRT 1ª Rg; Min. do TST); Joaquim Benedito Barbosa Gomes – Ministério Público (PR); Cármen Lúcia Antunes Rocha – Advogada (PGE/MG); Gilmar Ferreira Mendes – Advogado (AGU); Enrique Ricardo Lewandowski – Advogado (Des. do TJSP pelo 1/5 const.); Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto – Advogado (PGE/SE); José Antonio Dias Toffoli – Advogado (AGU).

²³ Só a título de exemplo, é possível citar a reportagem veiculada na *Revista Veja*, em 28 de maio de 2012, na qual Lula teria afirmado possuir o controle político da CPI do Cachoeira. Em troca do apoio do ministro Gilmar Mendes (indicado por ele) para atrasar julgamento do mensalão, o ex-presidente teria oferecido blindagem nas investigações do Congresso.

²⁴ Sobre a realização de função política pelo STF, ensina Gérson Marques de Lima: “A par da exposição *supra*, mais dogmática, constata-se uma função também política do STF. Primeiro, por colocar-se ele no ápice da pirâmide judiciária, no cume do Poder Judiciário (cuja estruturação obedece a critérios políticos), uma das três instituições básicas, encarregada de cumprir uma das clássicas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária). Segundo, por serem

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

quando tem que se manifestar sobre o alcance de um direito ou garantia constitucional, ou quando são submetidas ao seu crivo questões referentes à condução do país. Portanto, os julgamentos do STF devem ser entendidos como de natureza política, principalmente diante do fato de a fundamentação de alguns artigos da Constituição possuírem essência social, política, econômica, e não estritamente jurídica.

Um argumento apresentado como paliativo para a falta de uma escolha democrática dos membros do Supremo é a legitimação superveniente, consistente na compatibilidade das decisões deste órgão com os valores eleitos como primordiais pela sociedade. Lembra Francisco Gérson Marques de Lima que a população está sempre atenta às grandes decisões do Judiciário, sobretudo às de cunho político, e que as boas decisões do STF revigoram no povo a confiança nas instituições.²⁵ Assim, a falta de compromisso com o povo em algumas decisões de importante impacto social, nas quais o interesse político ou econômico se sobrepôs ao social, não permite o reconhecimento da legitimidade deste órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, permanecendo ele ilegítimo, como desde o início fora.

Para superação deste problema, faz-se necessário que se proceda a uma alteração no processo de escolha, que, inicialmente, deve afastar a forte influência do Poder Executivo e garantir a participação da Câmara dos Deputados, e não somente do Senado, assegurando a escolha pelos representantes do povo, e não somente dos Estados. Outra proposta interessante é a que prega que existam vagas destinadas a membros do Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e de cidadãos de notável saber jurídico, possibilitando uma maior pluralidade de visões do direito. Estas são somente algumas das propostas possíveis, mas todas aquelas que venham a imprimir uma maior participação popular devem ser consideradas.

99

as decisões do Judiciário, nesta esteira, manifestações de índole política (não partidária) do Estado, no desempenho da jurisdição. Terceiro, porque habitualmente se submetem ao seu crivo questões referentes à conduta do país, ao comportamento de altas autoridades, à tributação, às alterações constitucionais, ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, aos conflitos entre a União, seus Estados e o Distrito Federal, entre estes e Estados ou organismos estrangeiros, bem ainda à segurança nacional” (LIMA, 2001, p. 30-31).

²⁵ Assim coloca o citado autor: “É nos momentos difíceis que o jurisdicionado mais carece de seus juízes, os quais precisam estar vigilantes para acorrerem prontamente a todos quantos toquem o sino da justiça, em qualquer época. A covardia não pode, nunca, alojar-se no coração do magistrado. Calcada pelas ruas ou reclusa em suas casas, a população está atenta às grandes decisões do Judiciário, sobretudo quando discute atos políticos, envolvendo um governo impopular e sua (i)legitimidade. A posição, justamente tomada por um Supremo Tribunal, revigora no povo a confiança nas instituições e patenteia, em maior ou menor escala, o julgamento do regime vigente. E isto é importante para a formação da opinião pública” (LIMA, op. cit., p. 172-173).

A discussão não é nova e já motivou a apresentação de várias Propostas de Emendas à Constituição (PECs), no intuito de atribuir mais liberdade e imparcialidade nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, principalmente visando a afastar ou minimizar a interferência do Presidente da República neste procedimento.

A primeira proposta veio da Câmara dos Deputados na PEC n. 92/95, com o propósito de alterar a Constituição Federal de 1988, no sentido de que os membros do Supremo Tribunal Federal fossem escolhidos dentre os integrantes dos Tribunais Superiores, pertencentes à carreira da Magistratura, menores de sessenta e cinco anos de idade, indicados em lista triplíce pelo próprio Supremo Tribunal Federal, com nomeação pelo Presidente da República, após sabatina e consequente aprovação pelo Senado Federal. Não chegou a ter uma deliberação definitiva, sendo arquivada em 2008, por força do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).²⁶

Uma segunda proposição, também da Câmara dos Deputados, foi realizada seis anos mais tarde por meio da PEC n. 473/01,²⁷ ainda em tramitação,²⁸ na qual se propunha que a competência para a indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal fosse exercida alternadamente pelo Congresso Nacional e pelo Chefe do Poder Executivo.

Em 2002, foi apresentada, na mesma Casa Legislativa, a PEC n. 566/02,²⁹ no intuito de estabelecer a competência exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal

²⁶ RICD, art. 105: “Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: (...)”.

²⁷ Trecho da justificativa da PEC n. 473/01, apresentada pelo Deputado Federal Antonio Carlos Pannunzio: “Tem, portanto, a proposta de emenda constitucional, que ora submetemos ao crivo de nossos eminentes pares, incontestemente relevância, pois, retirará da exclusiva esfera do Poder Executivo a iniciativa da escolha dos titulares da Suprema Corte de Justiça Brasileira, democratizando, em decorrência, o processo de composição do órgão de cúpula do Poder Judiciário”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=42052>>.

²⁸ Foi arquivada nos mesmos termos da PEC anterior em 2011, mas logo em seguida desarquivada nos termos do parágrafo único do art. 105 do RICD. Estão apensadas a esta e, por consequência, com processamento conjunto as PECs ns. 566/02, 484/05, 393/09, 434/09 e 441/09.

²⁹ Trecho da justificativa da PEC n. 566/02, apresentada pelo Deputado Federal Alceu Collares: “Mencionada fórmula – que reproduz, na essência, o texto da Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (art. 118, parágrafo único), da Constituição de 1967 (art. 113), e da Constituição de 46 (art. 99) – tem propiciado, ao longo de nossa história constitucional, distorção no funcionamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional visto que a imparcialidade, uma das principais prerrogativas deste Poder, resulta mitigada pela nomeação feita pelo Chefe do Poder Executivo federal. Os Ministros nomeados por um determinado Presidente da República acham-se irremediavelmente comprometidos com as emendas constitucionais promulgadas e com as leis sancionadas cuja iniciativa tenha sido do Presidente da República, bem como com os atos normativos infralegais de competência privativa do Presidente da República”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=59862>>.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

Federal para a escolha dos seus integrantes, provindo um terço deles dentre cidadãos que preenchessem os requisitos constitucionais, outro terço dentre os integrantes da magistratura, e o terço restante seria destinado, alternadamente, à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Ministério Público.

Ainda na Câmara dos Deputados, é possível citar a PEC n. 484/05,³⁰ que sugere que os Ministros do STF sejam nomeados pelo Presidente depois de escolhidos pelo Congresso Nacional, em votação por maioria absoluta das duas Casas. Esta proposta veda a escolha de candidatos que tenham exercido mandato eletivo, cargo de Ministro de Estado ou de Presidente de Partido Político, até quatro anos depois do término do mandato, ou de afastados definitivamente de suas funções, ficando ainda inelegíveis por igual período.

A primeira proposição de iniciativa do Senado Federal neste sentido foi a PEC n. 68/05,³¹ que se encontra arquivada desde 2010. Por ela, seria necessária a formação de lista sêxtupla pelos órgãos de representação da Magistratura, do Ministério Público e dos advogados, cada um indicando dois nomes, com base na qual se realizaria uma eleição de um deles por maioria absoluta dos Membros do STF e nomeação pelo Presidente da República.

Outra sugestão de alteração da Constituição no Senado foi apresentada por ocasião da PEC n. 30/08,³² ainda em tramitação, a qual defende que a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal deve ser feita pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha, pela maioria absoluta do Senado Fede-

³⁰ Trecho da justificativa da PEC n. 484/05, apresentada pelo Deputado Federal João Campos: “A atual sistemática contribui para a ‘politização do Judiciário’, eis que leva as discussões jurídicas para o campo político, em detrimento da técnica. Deparamo-nos, então, com a sociedade em situação de desconforto com a forma de atuação dos Ministros da Suprema Corte, indicados pelo Presidente da República, mormente nos processos que envolvem interesses políticos e econômicos do Executivo”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=308435>>.

³¹ O então Senador Jefferson Péres afirmou o seguinte, como justificação da alteração: “Efetivamente, não nos parece exagerado dizer que a atual sistemática de composição de nossa mais alta Corte de Justiça, formada por membros escolhidos, todos, pelo Presidente da República, sem critérios outros que a conveniência política dessa autoridade não contribui para o equilíbrio e a serenidade do órgão máximo do poder Judiciário”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76007>.

³² Uma das justificativas apresentadas pelo então Senador Lobão filho, para a modificação da Constituição neste sentido, foi apresentada nos seguintes termos: “Essa ampla margem de liberdade de escolha deixada ao Presidente da República vem provocando um processo de politização das indicações para o Supremo Tribunal Federal, criticada por vários setores da sociedade e dos meios políticos brasileiros. Argumenta-se, contra a atual sistemática, que a escolha dos Ministros confere ao Presidente da República um poder indireto sobre a mais alta Corte de Justiça do País, que deveria atuar com maior independência em relação ao Poder Executivo. Não se pode esperar, no atual modelo, que o Presidente indique para a mais alta Corte do País cidadãos com posições políticas muito divergentes da sua”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=86505>.

ral, do nome eleito pelo Supremo, por voto secreto e maioria absoluta, dentre três candidatos indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados.

De volta à Câmara dos Deputados, em 2009, é possível destacar outras quatro propostas de alteração do art. 101 da Constituição Federal, todas esperando apreciação pelos representantes do povo. A PEC n. 342/09³³ sugere que os ministros sejam escolhidos da seguinte forma: cinco pelo Presidente da República, devendo a escolha ser aprovada por três quintos dos membros do Senado Federal; dois pela Câmara dos Deputados; dois pelo Senado Federal; dois pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a escolha destes três últimos órgãos de listas triplíces apresentadas: pelo Superior Tribunal de Justiça; pelo Tribunal Superior do Trabalho; pelo Conselho Nacional de Justiça; pelo Conselho Nacional do Ministério Público; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; pelos órgãos colegiados das Faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado em funcionamento há pelo menos dez anos.

Já a PEC n. 393/09³⁴ propõe a criação de um conselho eleitoral Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Tribunal Superior do Trabalho; desembargadores dos Tribunais de Justiça, juízes de direito, desembargadores dos Tribunais Regionais Federais e juízes federais, membros dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, advogados e cidadãos de notável saber jurídico.

A PEC n. 441/09³⁵ procura estabelecer que o então decano do Superior Tribunal de Justiça ocupe o cargo de Ministro do STF, quando da abertura de vaga nesta Corte.

³³ Trecho da justificativa da PEC n. 342/09, apresentada pelo Deputado Federal Flávio Dino: “Seguindo a lição de Louis Favoreu, a legitimidade política do Tribunal Constitucional depende de uma composição plural, com seus membros indicados não somente pelo Presidente da República, como ocorre no nosso sistema atual”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427734>>.

³⁴ Trecho da justificativa da PEC n. 393/09, apresentada pelo Deputado Federal Julião Amin: “A atual forma de indicação para vaga de ministro do Supremo Tribunal Federal vem sendo adotada por todas as constituições federais brasileiras anteriores, qual seja, a livre escolha pelo chefe do executivo. Todavia, esse modelo já não se subsume ao nosso atual contexto social, político e jurídico. (...) Tais fatos põem em xeque a imparcialidade e a credibilidade dos juízes daquela Corte, visto que estes vão estar sempre vinculados à figura do chefe do executivo”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=442994>>.

³⁵ Trecho da justificativa da PEC n. 441/09, apresentada pelo Deputado Federal Camilo Cola: “Assim, para que a Suprema Corte do País seja integrada por membros de incontestada reputação e que, por sua experiência no âmbito do Poder Judiciário, ostentem notável saber jurídico, apresentamos a presente Proposta de Emenda à Constituição, convictos de que seu acolhimento e aprovação garantirão, ao conjunto da sociedade, que os integrantes do Supremo Tribunal Federal não estejam submetidos a quaisquer tipos de eventuais injunções político-partidárias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=461179>>.

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

Finalizando as propostas daquele ano, a PEC n. 434/09³⁶ propõe que 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. Estabelece, também, mais requisitos para os candidatos com formação jurídica, vinte anos de atividade jurídica, que pelos menos dois componentes da lista sejam oriundos da Magistratura de carreira, e não de exercício de cargo eletivo.

No ano seguinte, foi apresentada a PEC n. 12/10³⁷ no Senado Federal, ainda em tramitação, pela qual se determina que os Ministros do Supremo Tribunal Federal sejam nomeados pelo Presidente da República a partir de lista tríplice elaborada pelos Tribunais Superiores, que não tenham condenação criminal e que possuam mais de dez anos de atividade jurídica, atendendo a dois dos seguintes requisitos: título não inferior ao de mestre em Direito, tese e trabalhos publicados, atuação jurídica destacada.

Por fim, menciona-se a PEC n. 17/11,³⁸ da Câmara dos Deputados, em tramitação, que propõe que a indicação dos candidatos à Cargo de Ministro do STF seja feita pelo Superior Tribunal de Justiça, Ordem dos Advogados do Brasil, Procurador-Geral da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República.

Como se percebe pela quantidade de tentativas de alteração da sistemática de escolha dos ministros da Suprema Corte, esta é, de fato, a questão mais urgente e, seja pela discussão das PECs ainda pendentes de discussão ou pela apresentação de novas, o tema tem que ser enfrentado rapidamente, pois a estrutura

103

³⁶ Trecho da justificativa da PEC n. 434/09, apresentada pelo Deputado Federal Vieira da Cunha: “O principal objetivo da proposta é diminuir o componente político da escolha e incluir a participação do Judiciário no processo”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=459546>>.

³⁷ A justificativa apresentada pelo Senador Marconi Perillo: “A formação da lista tríplice que buscamos inserir no art. 101 também tem o objetivo de impor mais seriedade na escolha e posterior nomeação dos ministros, ao dificultar a adoção de critérios puramente políticos, que nem sempre compreendem o notável saber jurídico e a reputação ilibada, exigíveis desde longa data no nosso sistema constitucional e jurídico”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96885>.

³⁸ Trecho da justificativa da PEC pelo Deputado Rubens Bueno: “Tais mudanças tornaram imperiosa a rediscussão do papel do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro. A Carta de 1988 atribuiu-lhe a competência para ser o guardião da Constituição. Todavia, não há como negligenciar o papel político exercido pelo Pretório Excelso, o que se evidencia pela série de decisões de evidente caráter político/social que vêm sendo tomadas nos últimos anos. (...) Ocorre que, exatamente pelo fato de que, às vezes, o STF toma decisões com conteúdo político, é que se torna imperioso assegurar sua total independência. Portanto, para que o Pretório Excelso possa, efetivamente, cumprir seu mister constitucional, a escolha dos onze Ministros não pode ficar ao arbítrio exclusivo do Presidente da República”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499894>>.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

atual não subsiste, revelando um grande entrave ao desenvolvimento democrático de nosso país.

Mandato com duração determinada

Como sabido, os ministros do Supremo Tribunal Federal, na condição de magistrados, gozam de vitaliciedade (art. 95, I, da CF/88), de modo que, uma vez nomeados, permanecem no cargo até a ocorrência de sua aposentadoria compulsória ou de renúncia.

A vitaliciedade é uma garantia importante para a segurança da atividade jurisdicional. Porém, especificamente no STF, ela parece prejudicar a evolução jurisprudencial, mantendo juristas com uma mesma visão, às vezes retrogradas ou conservadoras, durante muito tempo no exercício. Esta garantia, por outro lado, também dá uma estabilidade que pode ocasionar falta de compromisso com o povo.

Não se está questionando a importância da garantia de vitaliciedade para os membros da magistratura, uma vez que ela indubitavelmente reflete uma segurança para o exercício imparcial da magistratura. No entanto, as peculiaridades que cercam o Supremo Tribunal Federal, muitas oriundas da própria natureza da jurisdição constitucional, impõem um tratamento diferenciado, quebrando a lógica aplicável aos demais órgãos do Poder Judiciário.

104

Esta garantia, somada aos requisitos constitucionais para exercer o cargo (art. 101 da CF/88) de Ministros do STF, permite que permaneçam até trinta e cinco anos na Suprema Corte. Embora modernamente não se chegue a tanto, é possível citar, somente a título ilustrativo, o Ministro Celso de Mello, atual decano do STF, que já está há 23 anos na Corte e terá mais 4 anos se esperar pela aposentadoria compulsória, e o Ministro Dias Toffoli, que ficará 28 anos no cargo, se igualmente não se afastar antes da compulsória. Assim, fica claro que os Ministros do STF podem passar, e passam, um período demasiadamente longo na Excelsa Corte, realidade que prejudica a renovação dos posicionamentos, obstaculizando o progresso dos posicionamentos jurisprudenciais na mais alta Corte do país.

Portanto, a despeito da inegável importância da garantia da vitaliciedade, diante das especificidades que diferem estes julgadores dos demais membros da magistratura, principalmente em razão do elevado caráter político das matérias apreciadas por este órgão, a duração determinada dos mandatos destes ministros parece ser uma exigência do princípio básico do sistema republicano, garantindo que haja alternância entre aqueles que exercem o poder.

O mandato determinado é uma opção utilizada, por exemplo, pela Corte Constitucional Alemã, cujos 16 membros contam com mandatos de 12 anos, bem como pela Espanha e por Portugal, cujos mandatos são de nove anos. Numa

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 81-108, jan./jun. 2012

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

realidade mais próxima, é possível citar o Chile e a Colômbia, onde os membros das respectivas Cortes Constitucionais possuem mandato de oito anos.

Já existem algumas propostas de alteração da Constituição prevendo mandatos com prazo determinado,³⁹ como é o caso das PECs da Câmara dos Deputados de n. 430/96 (8 anos), n. 342/09 (11 anos), n. 393/09 (8 anos), n. 143/12 (7 anos), n. 161/12 (8 anos). Um ponto comum a todas elas é a vedação da recondução ou o exercício de novo mandato naquela Corte, evitando-se distorções em julgamentos com o intuito de permanecer no órgão.

É importante ter em mente que o prazo dos mandatos não seja muito curto, pois isto geraria uma instabilidade institucional, em razão da rápida modificação de entendimentos. Da mesma forma, os mandatos não podem ser demasiadamente longos, sob pena de frustrar a lógica que impõe a alteração da atual sistemática. Acreditamos que algo em torno de dez anos reflita uma posição razoável.

Não exercício pelos membros de outros empregos ou funções

Outra crítica interessante diz respeito ao exercício pelos membros do STF de outras funções, no intuito de priorizar ao máximo o enfrentamento das questões que são de sua competência ordinária.

Embora existam inúmeras limitações, a própria Constituição determina a participação dos membros desta Corte na Presidência de julgamento de crimes de responsabilidade realizados pelo Senado Federal (art. 52, parágrafo único), no Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, I) e no Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, I, *a*). A crítica neste ponto diz respeito à possibilidade de interferência política externa nos julgamentos realizados por estes Ministros, como também pela diversidade de atividade, o que não permite uma concentração total dos trabalhos na defesa da Constituição.

Competência exclusiva de defesa das normas constitucionais

A última questão, que diz respeito à competência do órgão, é outro ponto de discordância entre o STF e uma Corte Constitucional. Embora seja competência precípua do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, um

³⁹ Vale ressaltar que existem outras medidas com intenção similar. Embora não reflita a melhor proposta, é interessante lembrar a PEC n. 51/09, arquivada em 2010, que indicava a necessidade de alteração da redação do inciso XI do art. 52, do inciso I do art. 95 e do parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal, para sujeitar os Ministros do Supremo Tribunal Federal à confirmação, a cada quatro anos, pelo Senado Federal, sob a seguinte justificativa do Senador Marcelo Crivella: “tencionamos introduzir no texto constitucional alteração que permita à Casa, também, impedir que o magistrado da mais alta Corte do País continue no seu posto caso não se mostre digno no exercício de tão séria missão”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94048>.

problema basilar impede sua equiparação a um Tribunal Constitucional: a competência recursal.

O órgão de cúpula do Judiciário brasileiro buscou mesclar o método de controle de constitucionalidade adotado no sistema do *civil law*, realizado de maneira abstrata, desvinculado de qualquer litígio concreto, e o vigente no sistema do *common law*, no qual, ao contrário, prevalece o controle realizado concretamente, na análise de um caso concreto. Este sistema misto trouxe inúmeras vantagens, superando os defeitos presentes em cada um dos modelos citados. Por um lado, não é necessário esperar que a questão seja resolvida abstratamente, sendo permitido ao particular que, individualmente, busque o Judiciário para solucionar a afronta ao seu direito fundamental específico. Por outro, verificando-se que uma determinada norma viola direitos fundamentais, não é necessário que cada um dos prejudicados recorra ao Judiciário para assegurar seu direito.

De modo geral, o sistema misto é positivo. A crítica feita diz respeito à necessidade do STF de realizar os dois controles. Já que o controle difuso pode ser realizado, por exemplo, pelo juiz de direito, pelo Tribunal de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça, é por demais desnecessária uma quarta apreciação.

Para que o Supremo Tribunal Federal possa exercer a competência de uma típica Corte Constitucional, é necessário reduzir sua competência para os casos de controle concentrado de constitucionalidade,⁴⁰ possibilitando que os julgamentos se realizem de maneira mais cautelosa e aprofundada.⁴¹ A sobrecarga de trabalho e a cobrança por celeridade nos julgamentos tornam impossível uma análise mais detida nos processos de maior complexidade, enquanto o julgamento daqueles mais simples não pode levar em consideração as peculiaridades do caso concreto.⁴²

⁴⁰ Assim advertia Hans Kelsen: “Enquanto tribunal Constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre inconstitucionalidade das leis, assumindo posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas” (KELSEN, 2003, p. 20).

⁴¹ Sobre a competência do Supremo Tribunal Federal, observa José Afonso da Silva: “Isso não o converte em corte constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, com a regra do sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidade” (SILVA, 2007, p. 558-559).

⁴² Gerson Marques de Lima demonstra, por meio de um estudo estatístico, que o controle abstrato de constitucionalidade, as questões jurídico-políticas, os conflitos entre unidades da federação, que sinteticamente representam as matérias mais relevantes e que necessariamente seriam de competência de uma corte constitucional, a qual o STF pretende ser, são mínimos, pois o Supremo tem que se ocupar, na maior parte do tempo, com sua competência de julga-

A análise de questões políticas pelo supremo tribunal federal...

Embora o tema ainda permaneça na pauta das discussões, é importante frisar que a criação da Repercussão Geral, prevista no art. 102, § 3º, da CF/88, que foi incluído por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, minimizou o problema, sendo possível constatar uma redução gradual do acervo de processos acumulados daquela corte nos anos seguintes. Todavia, a limitação recursal ainda poderia sofrer maiores limitações, favorecendo uma análise mais aprofundada de questões que ultrapassem interesses individuais ou locais, em prol de materiais de importância nacional e com vínculo constitucional direto.

CONCLUSÃO

Diante do presente estudo, pode-se dizer, a título de conclusão, que o papel do Judiciário sofreu sensível alteração na evolução dos estados liberais e sociais para o atual estado democrático, passando a assumir novas incumbências que aumentaram a conotação política das questões a ele submetidas.

Com base nestas conclusões preliminares, constatou-se que o Poder Judiciário necessitava de uma maior legitimidade democrática no procedimento de escolha de seus membros. Neste tema, consideraram-se as incompatibilidades do sufrágio popular com a atividade jurisdicional, em face da independência que membros da magistratura necessitam para desempenhar seu mister de maneira imparcial. Por outro lado, observou-se que, no que concerne especificamente ao Supremo Tribunal Federal, diante do alto grau de politicidade das questões postas à sua análise, necessitam seus membros de maior representatividade democrática.

Na sequência, asseverou-se que, por estas mesmas especificidades, mostra-se necessário que exista um controle da atividade jurisdicional. No que concerne à jurisdição ordinária, a revisão recursal e a fiscalização do Conselho Nacional de Justiça atendem razoavelmente a esta exigência, porém, no âmbito do STF, ante a inaplicabilidade destas duas formas de controle, a legitimidade democrática se faz mais necessária.

Por fim, defendeu-se que o Supremo Tribunal Federal necessita de alterações para se compatibilizar com as exigências democráticas, e indicam-se quatro pontos principais: procedimento mais democrático de eleição de seus membros; mandato com duração determinada; não exercício pelos membros de outros empregos ou funções; e competência exclusiva de defesa das normas constitucionais.

mentos de casos concretos, o que inviabiliza uma prestação efetiva na tutela da Constituição, demonstrando que os ministros do STF têm cerca de três minutos por feito. Isto torna os veredictos praticamente monocráticos, pois, na maior parte das causas, os ministros seguem o relator na decisão, confiando forçosamente em sua análise preliminar diante da falta de tempo para uma apreciação mais cuidadosa. Com isso, fica claro que, para que se confira ao STF natureza de Corte Constitucional, deve-se, em primeiro lugar, impedir que este funcione como quarta instância, enxugando sua competência (LIMA, 2001, p. 59 e ss.).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 81-108, jan./jun. 2012

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- 108 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LIMA, Francisco Gérson Marques. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- UCHÔA, Marcelo Ribeiro. *Controle do judiciário: da expectativa à concretização (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça)*. Florianópolis: Conceito, 2008.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre polícia e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Data de recebimento: 17/4/2011

Data de aprovação: 4/9/2012