

**THE NOMINATIONS PROCESS OF MEMBERS OF CONSTITUTIONAL COURTS:
THE BRAZILIAN DEBATE IN THE LIGHT OF DEMOCRATIC LEGITIMACY AND
COMPARATIVE LAW**

**O PROCESSO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DE CORTES CONSTITUCIONAIS: O
DEBATE BRASILEIRO À LUZ DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E DO DIREITO
COMPARADO¹**

artigos
científicos

Felipe Pereira Maroubo²
fmaroubo@hotmail.com

Recebido/Received: 12.02.2021/ February 12th, 2021.
Aprovado/Approved: 19.03.2021/ March 19th, 2021.

RESUMO

Nos últimos anos, o processo de escolha dos ministros de Cortes Constitucionais tem sido alvo de críticas crescentes devido à falta de legitimidade democrática e às disfuncionalidades procedimentais na transposição da normatividade à facticidade. Este estudo pretende discutir o processo de escolha dos ministros de Cortes Constitucionais, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal, e a eventual necessidade de reformá-lo para atender às novas exigências políticas, jurídicas e sociais. Com este escopo, parte-se da discussão sobre a relevância, o caráter político da indicação e a interface de legitimidade democrática e suas contribuições para a compreensão do instituto jurídico estudado. Em seguida, destacam-se os modelos de investidura de ministros em Cortes Constitucionais, acentuando-se as semelhanças e diferenças entre o sistema brasileiro, o norte-americano e os europeus (francês, alemão e português). Por fim, lança-se o debate sobre as contribuições que a doutrina jurídica e o direito comparado podem oferecer para corrigir as inconsistências contemporâneas e adequar o modelo de escolha de membros aos novos papéis e relevância do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Legitimidade democrática; Direito comparado; Cortes Constitucionais; Ministros; Processo de escolha.

ABSTRACT

In recent years, the process of nominations of the members of Constitutional Courts has been the target of growing criticism due to the lack of democratic legitimacy and procedural dysfunctions in the transposition of normativity to facticity. This study intends to discuss the process of choosing the ministers of Constitutional Courts, above all, of the Supreme Federal Court of Brazil, and the eventual need to reform it to meet the new political, legal and social requirements. With this scope, it starts from the discussion about the relevance, the political character of the indication and the interface of democratic legitimacy and its contributions to the understanding of the

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Advogado do Município de Leme/SP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduando em Direito com Ênfase em Atividade de Magistratura Estadual. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) com mobilidade internacional pela Universidade do Porto, Portugal (UP).

studied legal institute. Then, the models of investiture of members in Constitutional Courts stand out, emphasizing the similarities and differences between the Brazilian, North American and European systems (French, German and Portuguese). Finally, the debate is launched on the contributions that legal doctrine and comparative law can offer to correct contemporary inconsistencies and adapt the model for choosing members to the new roles and relevance of the Supreme Federal Court of Brazil.

Keywords: Supreme Federal Court of Brazil; Democratic legitimacy; Comparative law; Constitutional Courts; Justices; Nominations process.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 1. RELEVÂNCIA, CARÁTER POLÍTICO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO DE INDICAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1.1. RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO PROCEDIMENTAL. 1.2. CARÁTER POLÍTICO DAS INDICAÇÕES: INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA. 1.3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E O PROCESSO DE INVESTIDURA DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODELOS DE INVESTIDURA DE MINISTROS EM CORTES CONSTITUCIONAIS. 2.1. MODELO BRASILEIRO. 2.2. MODELO AMERICANO. 2.3. MODELOS EUROPEUS. 3. COMO A DOUTRINA JURÍDICA E O DIREITO COMPARADO PODEM CONTRIBUIR?: INCONSISTÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS E NOVOS HORIZONTES DO PROCESSO DE ESCOLHA DE MINISTROS DO STF. 3.1. INDETERMINAÇÃO TEMPORAL. 3.2. AUSÊNCIA DE PODER DE VETO AOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO DO GOVERNO EM EXERCÍCIO. 3.3. ELEVADA CONCENTRAÇÃO DO PODER PRESIDENCIAL. 3.4. SABATINAS CAMBIANTES: ENTRE A ATITUDE PROTOCOLAR E A AUSTERIDADE DO SENADO FEDERAL. 3.5. TRANSPARÊNCIA, OPACIDADE E DÉFICIT DEMOCRÁTICO. 3.6. INSUFICIÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E INDETERMINAÇÃO SEMÂNTICA DE NOTÓRIO SABER JURÍDICO E REPUTAÇÃO ILIBADA. 3.7. GARANTIA DA VITALICIEDADE E A VIABILIDADE DE MANDATOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o processo de escolha dos ministros de Cortes Constitucionais tem sido alvo de críticas crescentes devido à falta de legitimidade democrática e às disfuncionalidades procedimentais na transposição da normatividade à facticidade.

Para tanto, no primeiro momento, será pontuado o objetivo de se discutir o processo de indicação de ministro do Supremo Tribunal Federal, relativamente à relevância da discussão procedimental, ao caráter político das indicações (e intersecção entre direito e política) e à legitimidade democrática.

Em seguida, a temática será tratada sob o prisma dos modelos de investitura de ministros em Cortes Constitucionais. O enfoque central recairá sobre o caso brasileiro, em perspectiva comparada, por semelhanças, ao modelo norte-americano, e, por predominância de diferenças, aos modelos europeus, quais sejam, o francês, o alemão e o português.

Não obstante a tradição do processo de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal, a doutrina jurídica e o direito comparado demonstrarem o envelhecimento da fórmula constitucional brasileira, serão analisadas, ao final, as inconsistências contemporâneas e os novos horizontes do processo de investidura, sobretudo, no tocante aos seguintes fatores: (i) indeterminação temporal, (ii) ausência de poder de veto aos ocupantes de cargos em comissão, (iii) poder presidencial, (iv) sabatinas, (v) transparência e déficit democrático, (vi) indeterminação semântica de requisitos para aceder ao cargo, (vii) garantia de vitaliciedade e a viabilidade de mandatos.

A partir disso, será possível expor criticamente o mecanismo de composição do Supremo Tribunal Federal, empregando o direito comparado para subsidiar diversas medidas que confirmam renovação ao panorama brasileiro de investidura ao cargo de ministro do STF e que, sobretudo, revivifiquem a legitimidade democrática, em especial, por meio do aumento do grau de participação democrática no processo. Não há, no entanto, pretensão a assumir acriticamente propostas, mas sim iniciar o debate sobre os ônus e bônus de se manter ou se de alterar aspectos importantes do atual desenho constitucional.

1. RELEVÂNCIA, CARÁTER POLÍTICO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO DE ESCOLHA DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Poder Judiciário não mais coincide apenas com o silêncio e a inércia exigidos pelo modelo institucional tradicional, caracterizado por Montesquieu ou Rousseau, e que o diferenciava dos Poderes Executivo e Legislativo. Não se trata de um processo político geneticamente desejado pelo espírito vital do Judiciário, mas antes é consequência da redemocratização brasileira e da reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade pelo fortalecimento da garantia de direitos fundamentais individuais e transindividuais³.

O constitucionalismo democrático e a doutrina da efetividade contribuíram para resignificar o Judiciário no relativamente recente Estado Democrático de Direito, de modo que o alargamento da intervenção do Judiciário ainda apresenta dissonâncias com o arranjo institucional, que não tem acompanhado, com a mesma velocidade, a evolução da expansão do Judiciário e, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal.

No novo contexto, os juízes possuem novos papéis e *“ganham um corpo – marcado pela idade, gênero, estado civil, origem social – e uma alma – cada vez mais exposta a afetos, sentimentos e paixões”*⁴. O roteiro que enreda a vida contemporânea mostra a virada comportamental das instituições, dos poderes clássicos da República e dos atores políticos, que disputam novos espaços e conquistam novos papéis. O palco dessa narrativa não se mantém imaculado a esse movimento (e nem deve).

3 SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

4 *Ibid.*, p. 1-2, 2006.

O ato de pensar essa imbricação entre os poderes, as tensões e os novos desdobramentos da legitimidade democrática não deixam a salvo institutos jurídicos como o processo de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal. Para pensar os novos papéis assumidos pelas Cortes Constitucionais e os fenômenos deles decorrentes é preciso dar um passo atrás e indagar: no Poder Judiciário, quem redige o *script* contemporâneo? Quão atual é o conjunto procedimental de investidura desses atores à dinâmica de poder que decide as relevantes questões constitucionais? E mais: com novas experiências, podem-se gerar melhores escolhas, do que as atuais, para amplificar a legitimidade democrática ou pretender um grau maior de comprometimento com os direitos fundamentais e com a missão institucional do Judiciário?

1.1. RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO PROCEDIMENTAL

A análise segregada, de um lado, do princípio da independência dos poderes e, de outro, do controle recíproco coordenativo entre eles, pode levar a incongruências. O primeiro deriva da garantia de insubordinação ou insubmissão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, um sobre os outros. A segunda ideia, oriunda do Estado liberal democrático, pressupõe a limitação dos poderes do Estado a fim de evitar abusos. Em uma análise preliminar, as duas concepções parecem se chocar, no entanto trata-se mais de um conjunto diferente de ideias que são tencionadas para permitir a coexistência do equilíbrio do Estado do que para proporcionar um fator orgânico e institucional desestabilizante.

A princípio, a independência dos poderes da República depende, ao menos, de três elementos fundamentais. O primeiro é que o modo de investidura e permanência do pessoal não depende de ato de vontade ou confiança dos demais poderes. O segundo elemento é que, para exercer suas atribuições, nenhum dos poderes dependerá de autorização dos demais, uma vez que cabe ao titular executar as atividades decorrentes de seu próprio feixe de poderes-deveres. Por último, o terceiro componente da independência dos poderes é que há discricionariedade para que cada um dos ramos do Estado tenha autonomia organizatória, financeira, patrimonial e participação na formação da vontade estatal naquilo que lhe for competência legal e constitucional própria⁵.

Não obstante a concepção da independência e separação de poderes, expressas no art. 2º da Constituição da República, sugerir uma separação rígida das funções desenvolvidas por cada um dos Poderes deverá ser ferramenta de coordenação ou colaboração entre as funções do Estado. Em lugar de uma compreensão de emancipação e independência estrita, assumir a interdependência é relevante para compreender que a imposição de limites mútuos entre os poderes atua para que cada um subsista sem acarretar a anulação do outro⁶.

5 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 106-112.

6 ARAÚJO, Aline Laura Toscano de; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da Silva. A indicação de ministro do STF pelo Presidente da República e a subjetividade de seus critérios à luz do princípio da independência dos poderes. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa, v. 4, n. 2, p. 645-683, 2018.

Essa reciprocidade de controles se revela na fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos do Judiciário pelo Legislativo, por meio do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, no âmbito nacional; e pelo controle rigoroso de escolha e investidura de membros da cúpula do Poder Judiciário, como os ministros do Supremo Tribunal Federal e que, mesmo após a assunção ao cargo, podem ser julgados, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal⁷.

Nesse contexto, a influência dos Poderes Executivo e Legislativo sobre o Judiciário revela-se, dentre outros tantos modos, pelo processo de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal. Não se viola o princípio da independência dos poderes ao permitir que os outros Poderes do Estado exerçam poder na formação da composição da mais alta Corte do país, na medida em que esta previsão constitucional de coordenação configura-se extensão do mister de impedir o abuso de poder. Portanto, o controle recíproco, revelado pelo peculiar processo de investidura dos ministros do STF, embaraça a oportunidade de sobreposição institucional e seus resultados nocivos à ordem republicana.

Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, cabendo-lhe, para tanto, o exercício de diversas competências de processo e julgamento e de impulsionamento da interpretação constitucional. É o órgão do Poder Judiciário com o mais elevado poder jurídico decisório, pois concentra pautas que estão na base da vida política nacional, não apenas relacionadas a conflitos constitucionais, mas a uma agenda de compromissos expressivos e sensíveis e que podem implicar soluções difíceis e de grande repercussão.

Não obstante o foco atribuído à instituição Supremo Tribunal Federal e sua legitimidade democrática, não se deve descuidar da importância de uma análise mais atenta dos seus integrantes, tendo em vista que, enquanto órgão colegiado, a conjunção de vontades de seus membros é que dará azo aos resultados exteriorizados por sua atuação.

1.2. CARÁTER POLÍTICO DAS INDICAÇÕES: PONTO DE CONTATO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

A indicação de um candidato ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal possui um caráter fortemente político, na medida em que, no Brasil, confere-se ao Presidente da República a possibilidade de apontar sua escolha sem exigências objetivamente aferíveis. Apesar dos requisitos objetivos inscritos na Constituição, como a idade mínima e máxima e ser brasileiro nato, não há maiores requisitos que concedam parâmetros explícitos a serem trilhados na escolha pelo Presidente.

Até mesmo os requisitos de notável saber jurídico e reputação ilibada, apesar do controle possível no âmbito do Senado Federal, podem adquirir um maior ou menor alargamento, ao alvedrio do Presidente da República. Deste modo, não há necessidade

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2003, p. 365.

de que o ministro seja um magistrado de carreira, por exemplo, como é comum para a investidura em tribunais regionais ou superiores brasileiros. A premissa medular, portanto, fundamenta-se na discricionariedade do chefe do Poder Executivo federal, o qual deterá a palavra inicial sobre a escolha mais adequada para o preenchimento da vaga.

A explicação desta disparidade, entre os modelos de investidura, levada a efeito pela Constituição a Tribunais Superiores e ao STF reside em explicações históricas e na influência do sistema constitucional dos Estados Unidos. O modelo de investidura brasileiro, assentado pela Constituição de 1988, é inspirado no sistema norte-americano, em que o candidato ao cargo de *Associate Justice* da Suprema Corte se submete ao sistema de freios e contrapesos. Deste modo, há uma sabatina prévia pelo Senado Federal do nome indicado pelo Presidente para que, uma vez aprovado, possa ser nomeado por este, como ocorre, guardadas as proporções, no Brasil.

O funcionamento e operação dos atores demandam a percepção das particularidades brasileiras. Num contexto de presidencialismo de coalizão, o Presidente da República é instado a lidar com um grande e heterogêneo número de atores para tomar sua decisão. O alto número de partidos políticos, as divergências internas das siglas, as exigências e concessões de aliados, a ideologia política e as pressões da sociedade civil e de organizações de classe são alguns exemplos de fatores externos que levam à construção de uma escolha negociada sobre um nome que não assuma posturas rígidas a um lado ou a outro do espectro político e social⁸.

A intersecção entre direito e política é ainda mais complexa quando o assunto é a escolha de ministro do Supremo, considerado o sistema político brasileiro. A troca de apoio não se resume ao patrocínio da pretensão do próprio indicado, mas é resultado da atuação política e do *lobby* de grupos da coalizão presidencial, sem descuidar da aspiração do chefe do Executivo de pretender sinalizar, por meio da escolha, um feixe de valores e causas com as quais pretende se comprometer. Diferentemente da escolha de nomes para ocupar as vagas da Suprema Corte norte-americana, no Brasil, não há tendência a grandes viradas jurisprudenciais ou a uma demarcação mais significativa entre uma posição mais à direita ou mais à esquerda.

A homogeneidade é o fator que impera e, com isso, dilui-se o plano axiomático compromissório e predominam os efeitos pragmáticos da coalizão⁹ na escolha do indicado. Nem toda indicação do Presidente denota um esforço em guiar a direção das decisões judiciais tomadas pelos ministros do STF, nem as decisões judiciais

8 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Turner. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 115-143, set. 2010.

9 Em pesquisa sobre os processos de nomeação para o STF, na presidência de José Sarney e Luiz Inácio Lula da Silva, Mariana Llanos e Leany Lemos retiram atenção ao mero desenho constitucional e desconstruem o caráter absoluto da teoria do domínio presidencial no procedimento de investidura, pois lecionam que os presidentes brasileiros investem muito esforço no momento de seleção, devido à influência das comunidades políticas e jurídicas no teste de um nome. As escolhas são cambiantes: por vezes, o chefe do Executivo pode escolher um nome próximo ao governo; e outras vezes, o candidato é descartado por falta de consenso político prévio pelo nome. Assim, o número de vagas disponíveis e o tipo de coalizão empreendida pelo presidente serão capazes de influenciar significativamente as chances que ele possui para impor ou não um candidato (o cargo de ministro do STF pode ser uma das ferramentas de que dispõe o presidente para manter a durabilidade e operacionalidade de uma coalizão). Soma-se a isso o filtro de partidos de centro-direita, dominantes no Senado Federal, e que induzem a seleção de nomes de preferências políticas de centro em seu espectro. Ou seja, mesmo que a coalizão não indique diretamente um nome, pode influenciar a escolha mais adequada. Cf. LLANOS, Mariana; LEMOS, Leany. Presidential Preferences? The Supreme Federal Tribunal Nominations in Democratic Brazil. *Latin American Politics and Society*, v. 55, n. 2, p. 77-105, 2013.

sempre refletem as preferências e ideologias do juiz e do Presidente que o nomeou. As interações estratégicas, as orientações e presença de outros atores e a necessidade de governabilidade estão tão conectadas quanto o cenário ideal que geralmente se propõe a considerar. O Presidente da República não detém o controle absoluto sobre as decisões políticas tomadas pelo Estado. Pelo contrário, trata-se de autoridade dependente de diversos outros atores políticos que exigirão concessões políticas, dentre as quais, o poder de participar ativamente da escolha de um nome ao STF.

Tão importante quanto o esforço de delimitar fatores que expliquem os parâmetros de escolha e o procedimento de investidura de ministro do STF, é reconhecer que o direito não elucida sozinho todas as questões envolvidas. Não é possível afirmar que o mero fato de um Presidente posicionar-se favoravelmente a um nome determinará que este indicado venha a decidir questões segundo o ponto de vista daquele. As convicções pessoais, as crenças morais e políticas, a experiência profissional precedente e a biografia prévia do indicado desfazem a objetividade aritmética pretendida no condicionamento do processo decisório do magistrado às pretensões do chefe de governo, que exerceu seu dever constitucional de indicar por ato de liberdade e responsabilidade¹⁰.

No entanto, reconhecer essa dificuldade de avaliar o caráter político das indicações¹¹ ao cargo de ministro do STF não pressupõe renegar que há um grande desafio sobre duas questões: Quem terá a responsabilidade de escolher o nome? E como será o processo de escolha? E tais dificuldades pressupõem a importância do papel e a influência da pessoa do intérprete na seara da interpretação constitucional e, por corolário, na formação do direito brasileiro.

1.3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A INVESTIDURA DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O debate da legitimidade já perpassou diversos domínios, desde o conceito mítico, assente nos ditames religiosos, até o nível reflexivo-crítico, com fundamento na técnica e na racionalidade. A legitimidade está assente na necessidade de aceitabilidade e de aquietação dos ânimos de uma ordem político-jurídica dotada de autoridade.

Os detentores de poder devem possuir uma autoridade reconhecida como legítima para que os sujeitos que se submetam a esta estejam sobre seu domínio, aceitem e validem suas ações¹². Assim, considerando a legitimidade com a qualidade juridicamente fundamentada do poder, lança-se a seguinte indagação: o processo de escolha atual dos ministros do Supremo Tribunal Federal é legítimo?

10 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 115-143, set. 2010.

11 Para um aprofundamento sobre o tema da politização da justiça e o Supremo Tribunal Federal como corte política, ver: PEGORARO, Joana Cristina. **A política na Corte: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. 2006. 106p. Dissertação (Mestrado), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

12 VIEIRA, José Ribas; COSTA, Pedro D'Angelo; DUARTE, Pedro Henrique Favilla; JORGE, Thiago Filippo Silva. O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do Poder Judiciário. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-23, 2002.

Se a legitimidade é uma prestação do sistema e faz referência à aplicação de determinados procedimentos legalmente definidos, e não a valores, o processo de escolha atual parece ser legítimo. Isso porque não depende do consenso entre as partes ou da inevitabilidade de decepções ou descontentamentos, mas sim da possibilidade de reconhecer e absorver os protestos e insatisfações para gerar o caminho possível, nem sempre o mais harmônico¹³.

Muito se discute, no campo substancial, porém, sobre a legitimidade democrática da atuação contramajoritária das cortes supremas no papel de revisão judicial de normas e leis aprovadas pelo Legislativo, cujos membros foram eleitos pelo povo. Em momentos de crises de representatividade, por vezes o uso legítimo da jurisdição constitucional dá-se de forma mais expansiva, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, ainda que contra a vontade das maiorias¹⁴. Evidentemente, que este papel exige algum grau de autocontenção para não invadir esferas de escolhas legítimas realizadas pelos representantes do povo, sem descurar da pretensão de máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Waldron, de outro lado, afirma que considerar as visões de um juiz como mais importantes do que as do legislador e dos eleitores que o elegeram é violar a igualdade política. Deste modo, em regra, o Judiciário não seria o melhor intérprete do sentimento majoritário. Crer na supremacia constitucional não seria crer na primazia dos tribunais para a análise da constitucionalidade ou invalidação das leis. Mas o autor revela uma visão idealizada e que subestima a crise das democracias deliberativas, sem dispor sobre o papel dos tribunais decorrentes num caso de degradação grave dos órgãos de representação democrática¹⁵.

De todo modo, apesar do grau de interferência da jurisdição constitucional nas deliberações parlamentares majoritárias, o exercício jurisdicional demanda algum grau de separação entre a agenda política profissional e o dever funcional do juiz, para preservar os papéis de cada um dos atores. Enquanto aos parlamentares caberá responder às reivindicações dos seus eleitores, aos juízes cumpre o dever de correção e racionalidade mais distante das disputas políticas ordinárias. Isso não significa que aos juízes a busca da legitimidade não seja um caminho possível e desejável. Pelo contrário, deverá ocorrer, mas com o objetivo de realizar três valores fundamentais, quais sejam: (i) o pluralismo (a coexistência de correntes diversas de pensamento demanda a renovação regular da Corte e um processo de escolha participativo), (ii) a representatividade (a composição da Corte deve refletir tendências existentes do ponto de vista político, étnico, linguístico e cultural da população, para evitar a elitização e o descolamento com a sociedade) e (iii) a complementariedade (equilíbrio entre competências técnico-jurídicas e a experiência de vida dos magistrados)¹⁶.

13 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

14 BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista**: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais na democracia (mimeografado).

15 WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 115, New Haven, abr. 2006.

16 TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos Ministros do STF. **Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, p. 3-20, 2006.

Em síntese, o processo de escolha de ministros de Cortes Constitucionais não pode ser indiferente, pois ao reverberar as tensões entre a democracia representativa e o papel contramajoritário da jurisdição constitucional, o *déficit* democrático do exercício das atribuições pela Corte reclama um fundamento de justificação democrática¹⁷ e que presta a máxima credibilidade à justiça constitucional.

Por isso a necessidade de incrementar a participação popular e a legitimidade democrática do processo de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal, não apenas para obter o preenchimento de um ideal de validação das decisões, mas também para viabilizar o exercício do controle social, do *accountability* e da responsividade na escolha e nos possíveis reflexos políticos, jurídicos e sociais que ela poderá implicar.

2. MODELOS DE INVESTIDURA DE MINISTROS EM CORTES CONSTITUCIONAIS

Na sequência, serão abordados, descritivamente, os modelos de escolha dos ministros em Cortes Constitucionais.

No primeiro momento, será estudado o modelo brasileiro, com suas particularidades normativas e fáticas, de modo a delinear um caminho hábil para uma análise posterior das dificuldades ou inconsistências do sistema atual.

Na segunda etapa, o enfoque será conferido para o modelo de escolha de ministros da Suprema Corte norte-americana. O intuito é perceber de que modo há similaridade ou não entre o cenário brasileiro e o norte-americano, não apenas sob o ponto de vista descritivo, mas de aproveitamento qualitativo dos mecanismos. A viabilidade da comparação, em alguma medida, entre os dois casos concretos, é suscitada pelo pressuposto da influência da vetusta escolha norte-americana quando da teorização jurídica dos procedimentos brasileiros.

Em um terceiro momento, o objetivo recai em compreender modelos de escolha dos ministros nos sistemas europeus, e suas questões práticas correlatas a partir de perspectivas distintas em seus aspectos procedimentais e que repercutem nos graus de legitimidade democrática e seriedade institucional das Cortes Constitucionais.

2.1. MODELO BRASILEIRO

O modelo atual de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal é um caminho processual que possui filtros e ritos constitucionalmente definidos. Vigê desde 1890, quando o Supremo Tribunal Federal foi instituído pelo Decreto nº 1 de 1891¹⁸.

¹⁷ VIEIRA, José Ribas; COSTA, Pedro D'Angelo; DUARTE, Pedro Henrique Favilla; JORGE, Thiago Filippo Silva. O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do Poder Judiciário. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-23, 2002.

¹⁸ Antes do Supremo Tribunal Federal, a posição de mais alta Corte de Justiça, no Brasil, foi desempenhada pela Casa da Supplicação do Brasil, no período de 10 de maio de 1808 a 8 de janeiro de 1829, e, com a previsão da Carta de 1824, pelo Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de janeiro de 1829 a 27 de fevereiro de 1891. A jurisdição do antigo STJ durou até 1890, quando foi previsto o Supremo Tribunal Federal pelos Decretos nº 510, 848 e 914-A, mas a instauração ocorreu apenas no ano seguinte por lavra do Decreto nº 1, de 26 de fevereiro de 1891. Cf. BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

A Constituição de 1891 manifesta uma mudança do eixo do pensamento francês pós-revolucionário à concepção norte-americana, de modo que coube ao Poder Judiciário ser o centro de estabilidade dos freios e contrapesos da divisão de poderes. A explicação histórica da adesão brasileira à estrutura orgânica e funcional da Suprema Corte dos EUA está na admiração de Dom Pedro II pelo bom funcionamento da última. Elísio Bastos e Patrícia Cichovski lecionam que, em julho de 1889, o imperador recomendou a Salvador de Mendonça e a Lafayette Pereira que fossem aos Estados Unidos, em missão oficial, para estudar com cuidado a organização da Suprema Corte de Washington. A razão é que o rei acreditava que o segredo da estabilidade da Constituição dos EUA repousava sobre as funções e organização da Suprema Corte¹⁹. Disso resultou a importação do processo de escolha de ministros do STF, no Brasil, em uma reprodução da compreensão do Congresso e da Presidência quanto à parte inicial da enxuta seção 1 do art. III da Constituição norte-americana, para a qual: “O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores, conforme o Congresso possa, de tempos em tempos, ordenar e estabelecer”²⁰.

Mesmo com a Constituição de 1937, em pleno Estado Novo, o sistema de indicação presidencial do nome de candidato a cargo vago ao STF foi mantido, à exceção de alteração pontual na competência do Senado, o qual foi substituído, para estes fins, pelo Conselho Federal.

As Constituições de 1934, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, mantiveram incólumes o modelo de escolha para o cargo de ministro do STF, com apenas duas significativas alterações em relação à Constituição de 1891. A primeira está relacionada ao limite máximo de idade, qual seja, de sessenta e cinco anos, e o número de ministros da Corte Suprema, que foi reduzido de quinze para onze membros. Essas alterações foram mantidas pela Constituição de 1988.

Relativamente à pessoa, o art. 101, *caput* e parágrafo único, da Constituição, dispõe que os ministros do STF serão escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico²¹ e reputação ilibada²². Não há necessidade de que o indicado seja

19 BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento.** 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

20 Tradução nossa para a parte inicial da seção 1 do art. III da Constituição dos Estados Unidos da América: “*The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.*”

21 Marcelo Figueiredo e Adilson Abreu Dallari propugnam que o notável saber jurídico é um conceito amplo, aferível no caso concreto, que compreende a necessidade de um histórico de vida profissional, reconhecido pela comunidade jurídica e pela sociedade, como revelador de uma capacidade técnica suficiente para exercer um cargo tão relevante. Por exemplo, aferem-se títulos acadêmicos, obras jurídicas publicadas, cargos e funções exercidos. Cf. FIGUEIREDO, Marcelo; DALLARI, Adilson. Supremo Tribunal Federal: o processo de nomeação dos ministros. **Migalhas.** São Paulo, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI172816,71043-Supremo+Tribunal+Federal+o+processo+de+nomeacao+dos+ministros>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

22 A reputação ilibada tem um conteúdo de verificação objetiva mais fácil do que o notório saber jurídico e está relacionado ao comportamento na vida pública, desvios morais que comprometam o exercício do cargo de Ministro do STF e o histórico de comportamento ético. Sob pena de ofensa aos direitos fundamentais, não podem ser utilizados como pretexto de recusa a orientação sexual do candidato, a convicção religiosa, ideológica e partidária e o estado civil, que são irrelevantes para o exercício do cargo público, à exceção de casos extremos e patológicos e que prejudiquem visivelmente a isenção, a imparcialidade e a sensibilidade pessoal e jurídica do indicado. Cf. FIGUEIREDO, Marcelo; DALLARI, Adilson. Supremo Tribunal Federal: o processo de nomeação dos ministros. **Migalhas.** São Paulo, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI172816,71043-Supremo+Tribunal+Federal+o+proceso+de+nomeacao+dos+ministros>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

proveniente da magistratura, advocacia ou possua formação em Direito, a despeito do requisito inafastável do notório saber jurídico²³. Atualmente, no entanto, quanto ao bacharelado em Ciências Jurídicas, parece ser uma práxis incontestada em face da dimensão técnica alargada do direito contemporâneo.

Soma-se a isso a disposição do art. 12, § 3º, inciso IV, da Constituição, que exige que o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal seja ocupado obrigatoriamente por brasileiro nato. Esta exigência decorre da eventual possibilidade de qualquer dos Ministros, uma vez investidos, sujeitarem-se à habilitação ao cargo de Presidente do STF, o que, por sua vez, atrairá a possibilidade de exercer interinamente a Presidência da República. Deste modo, o art. 80, da Constituição, prevê que, em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao procedimento, a investidura de ministro do STF pode ser designada como ato complexo, pois requer a conjugação de vontades de mais de um órgão ou agente. O ato complexo de investidura apenas estará formado no momento em que todas as vontades exigidas forem declaradas²⁴. No caso específico, o Presidente da República indicará o candidato e o Senado Federal, no exercício de competência privativa, delineada no art. 52, inciso III, alínea “a”, da Constituição, aprovará, previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha do magistrado.

A arguição pública, que antecede a aprovação por votação secreta do Senado Federal, consiste na sabatina e emissão de parecer sobre a indicação pela Comissão de Constituição e Justiça da Casa, composta por vinte e sete senadores. Na CCJ do Senado Federal, o relator deve ler a peça informativa da indicação presidencial e, em seguida, confere-se a palavra ao candidato para que sustente os motivos pelos quais deve ser escolhido. Logo após, a palavra é concedida aos senadores para que se manifestem. Neste momento, são abertos os debates e inaugurado o segmento mais importante da sabatina, em que podem ser feitas indagações sobre pontos de vista, avaliação sobre o saber jurídico, bem como outros julgamentos sobre a biografia do indicado. Grande parte da baixa qualidade da sabatina deve-se ao uso eventual deste espaço para promover felicitações e elogios, que em nada contribuem para a aferição das opiniões ou questões jurídicas de fundo partilhadas pelo candidato. Encerrados os debates, o relatório sobre a admissibilidade da indicação é posto em votação, em escrutínio secreto, inadmitidas declarações ou justificações de votos, à exceção da referência a aspectos legais²⁵.

23 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2003, p. 371.

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

25 O comportamento formal previsto sobre o trâmite para aprovar a indicação no Senado Federal não revela a campanha de bastidores que, segundo Elísio Bastos e Patrícia Cichovski, sugere “andanças do candidato aos gabinetes dos Congressistas ou Ministros de Governo” para conquistar o apoio à candidatura ao cargo de ministro do STF. Além disso, os autores apontam que tem se tornado uma praxe que a lista de candidatos possíveis seja submetida ao crivo do Ministro da Justiça, que será encarregado de entrevistar cada um dos candidatos pessoalmente, enviando um relatório ao Presidente da República que, a partir dessa seleção prévia, definirá aquele (ou aqueles) com os quais fará uma entrevista pessoal. Cf. BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

O documento será considerado aprovado por deliberação favorável de maioria simples. Em seguida, o parecer de mérito da Comissão de Constituição e Justiça é encaminhado à apreciação pelo plenário do Senado Federal, que poderá cancelar o nome por voto favorável de maioria absoluta, isto é, de pelo menos quarenta e um senadores²⁶.

Por fim, caberá privativamente ao Presidente da República, por decreto publicado no Diário Oficial da União, nomear o candidato ao cargo de ministro do STF, após a mencionada aprovação pelo Senado Federal, nos termos do art. 84, inciso XIV, da Constituição. O aperfeiçoamento final da nomeação do indicado ocorre com a assinatura do termo de compromisso no livro de posse e o exercício dos trabalhos do magistrado.

Empiricamente, entre a indicação e a nomeação do candidato à vaga no STF, o tempo médio do procedimento constitucional foi de pouco mais de quinze dias. Já entre a nomeação e a posse, o lapso foi de quatorze dias. Desse modo, entre a indicação e a posse de ministro do STF decorreram aproximadamente trinta dias no período entre 1945 e 2013. Entretanto, este tempo médio varia largamente no decurso histórico, de modo que, com a redemocratização brasileira, entre 1984 e 2013, os prazos totais para o cumprimento de todas as exigências procedimentais constitucionais foram maiores do que os aferidos entre 1945 e 1983, alcançando quase quarenta e cinco dias²⁷.

Não se pretende considerar que o mote deve ser a rapidez. Antes de mais, o propósito é demonstrar que empiricamente os prazos para a escolha têm se ampliado ao largo da história. Apesar disso, os resultados sobre o tempo total para cumprimento do procedimento para escolha de ministro do STF não são uniformes. Pelo contrário, costumam variar significativamente entre os indicados. Nominalmente, no Brasil, os Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki foram os candidatos com o maior decurso temporal entre a indicação e a posse, respectivamente, de cento e cinco e oitenta dias; no sentido oposto, encontram-se os Ministros Menezes Direito e Carlos Madeira com os menores períodos de escolha, nesta ordem, oito e dezesseis dias²⁸.

Ainda sobre o processo de escolha no Brasil, sem antecipar o mérito de inconsistências fáticas contemporâneas do modelo, destaca-se que, a despeito da média entre os lapsos temporais entre a indicação e a posse serem crescentes no país, não há como concluir se o tempo destinado ao Senado Federal para promover a apreciação do nome do indicado, pela aceitação ou pela recusa, foi qualitativamente

26 Referência aos arts. 101, inciso II, alínea "i" e 288, inciso III, alínea "d", do Regimento Interno do Senado Federal.

27 Frederico de Almeida desenvolveu um estudo para identificar o lapso temporal entre a indicação e a posse dos ministros do Supremo Tribunal Federal, entre 1945 (fim da ditadura do Estado Novo) e 2013 (primeiro governo Dilma Rousseff), e comparou os resultados brasileiros com aqueles relativos ao mesmo fenômeno na Suprema Corte dos Estados Unidos. Cf. ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.

28 ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.

aproveitado para o satisfatório desdobramento de procedimentos formais (e não para, *v.g.*, negociações paralelas de bastidores) e nem evidências que apontem para uma associação direta de um tempo mais dilatado entre a indicação e a posse a momentos políticos específicos²⁹.

Não há, portanto, indícios suficientes para aduzir que os tempos variem em função do partido no poder ou daquele responsável pela indicação presidencial, na medida em que diversos outros fatores políticos, procedimentais, *lobbies*, acordos e negociações podem estar envolvidos. Contudo, ao cotejar estes dados empíricos brasileiros com os equivalentes norte-americanos, os quais serão abordados no tópico seguinte, tende a se confirmar a impressão de juristas sobre a utilização meramente formal, pela Presidência da República, da arguição oral realizada pelo Senado. Estas consequências poderão gerar anomalias, as quais serão destacadas mais adiante neste trabalho.

2.2. MODELO NORTE-AMERICANO

O Presidente indica os *Justices* da Suprema Corte, os quais passam por uma arguição pública, denominada *confirmation hearings*, em que os senadores fazem inquirições, com o auxílio de juristas capacitados de universidades americanas. Depois, o nome é submetido à aprovação do Senado. De modo geral, as sabinas são rigorosas³⁰ e podem durar dias ou semanas e, cronologicamente, possuem duração média de vinte e duas horas³¹. Ao Senado americano, o candidato deverá responder a um extenso rol de esclarecimentos:

o qual envolve quesitos sobre seu histórico de trabalho; honrarias e méritos recebidos; associações em que figura ou tenha figurado como membro; produção acadêmica; finanças pessoais (dados detalhados que incluem, além de outros, todos os ativos e passivos pertencentes ao candidato e seus familiares próximos, inclusive contas bancárias, seguros, investimentos, hipotecas e empréstimos); potenciais conflitos de interesse (inclusive deverá deixar claro o modo pelo qual pretende solucionar eventual conflito que possa acontecer no futuro); todas as declarações públicas já feitas (inclusive entrevistas, palestras, cartas editoriais, e outras, devendo fornecer cópia de tais declarações); descrição, em caso de já ter exercido a advocacia, das dez ações mais importantes que patrocinou e das causas mais importantes que foram administradas extrajudicialmente pelo candidato (com descrição do

29 *Ibid.*, 2015, 13 p.

30 No caso de Brett Kavanaugh, indicado pelo presidente Donald Trump para a vaga de juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos deixada por Anthony Kennedy, as disputas políticas partidárias entre republicanos e democratas impuseram maior rigor à análise documental e da vida pregressa do candidato. Uma dentre tantas exigências, os democratas requereram o acesso a centenas de milhares de documentos e e-mails do serviço de Kavanaugh, durante a administração de George W. Bush, quando foi Secretário da Casa Branca, o que enfrentou resistência voraz dos republicanos. Trata-se de um exemplo da profundidade da avaliação levada a cabo pelo Senado norte-americano para confirmar uma nomeação presidencial. Cf. HULSE, Carl. Lesson From a Failed Nomination, for Both Brett Kavanaugh and the Senate. *The New York Times*. New York, 21 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/07/21/us/politics/ryan-bounds-nomination-senate.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

31 A título de exemplo, o Justice Samuel Alito foi submetido a uma sabinata que durou cinco dias, de 9 a 13 de janeiro de 2006, a despeito de expressivo currículo. Há casos mais emblemáticos, como o de Louis Brandeis, cuja sabinata durou mais de 122 dias. Mas, dentre os casos mais recentes, Elena Kagan foi sabinatada em três dias e Sonia Sotomayor em duas semanas. Cf. ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.

assunto, partes envolvidas, resultado final do processo...), além de outras informações³². (p. 10)

Ao final das audiências no Senado, a comissão delibera se aceita a recomendação ou rejeita a indicação proposta pelo Presidente para nomeação. Esta decisão, como no Brasil, é encaminhada ao plenário da Casa, a quem cabe debater e votar o relatório, por voto da maioria simples dos membros da casa, presente a maioria absoluta.

Faculta-se ao Presidente a retirada da candidatura do indicado na hipótese de recusa pelo Senado do nome submetido ao escrutínio legislativo. A título exemplificativo, Douglas Ginsburg foi indicado, em 1987, pelo Presidente Ronald Reagan, no enquanto teve sua candidatura retirada pelo chefe do Executivo por perceber que o nome não seria aprovado. Mais adiante, em 2005, George Bush indicou Harriet Miers, que teve seu nome retirado por sua relação de proximidade com o Presidente, o que provocou a desconfiança prévia do Senado. A maioria republicana também forçou a retirada da indicação de Merrick Garland, feita por Barack Obama, a despeito de inequívoca habilitação técnica. O juízo político, moral e pessoal sobre o currículo, a história e os posicionamentos sobre decisões polêmicas movimentam o processo de sabatina norte-americano, de tal modo que têm sido preferidas indicações de juizes de carreira de tribunais federais, de um dos circuitos da justiça federal de segunda instância, para evitar maiores constrangimentos ou reviravoltas e por já terem passado por controle legislativo prévio de parlamentares em suas nomeações³³.

O resultado de uma sabatina mais rígida é que, desde a criação da Suprema Corte norte-americana, foram 122 aprovações e 36 reprovações de indicações do chefe do Poder Executivo federal³⁴.

Num cenário mais amplo, que aborda não apenas o elemento sabatina, mas todo o percurso procedimental, estudos empíricos sobre o panorama norte-americano asseveram que a média do percurso entre a indicação e a nomeação de ministros da Suprema Corte, contabilizada em número de dias, é mais do que o triplo daquele utilizado para a conclusão, guardadas as especificidades locais, do mesmo rito formal constitucional de escolha praticado pelo Brasil. No período entre 1945 e 1983, a média norte-americana foi de pouco menos de cinquenta e seis dias entre a indicação e a nomeação ao cargo, ante trinta dias no caso brasileiro. Efetuado o recorte para o íterim entre 1984 e 2013, esta média aumenta para setenta e três dias nos Estados Unidos, ante quarenta e cinco dias no Brasil³⁵.

32 BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

33 CASAGRANDE, Cássio. Sem Anthony Kennedy, Suprema Corte dos EUA deve seguir ainda mais à direita. **Jota**. Rio de Janeiro, 2 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/sem-anthony-kennedy-suprema-corte-dos-eua-deve-seguir-ainda-mais-a-direita-02072018>>. Acesso em: 10 set. 2018.

34 Estes números representam os dados de 1789 a 2007 relativos a 158 indicações para o cargo de ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos. Cf. BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

35 ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.

Uma última diferença de relevo entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Supremo Tribunal Federal está relacionado ao exercício da presidência do tribunal. Enquanto naquele o nomeado permanece na posição até a sua aposentadoria, neste adota-se um sistema de rodízio a cada dois anos. No Brasil, portanto, o resultado é a rotatividade do chefe do Judiciário e, conseqüentemente, do poder sobre a pauta do STF³⁶.

Tendo em vista estas comparações empreendidas entre os modelos brasileiro e norte-americano, derivadas da similaridade procedimental, mas que auxiliam a compreensão de diferenças de grau, que importam melhores ou piores singularidades a um ou a outro, deve-se, adiante, ressaltar a necessidade de destacar as particularidades de alguns modelos europeus³⁷. À frente, o escopo é o inverso do obtido até agora, pois se pretende evidenciar os contrastes das Cortes Europeias perante o Brasil e, deste modo, inspirar novos caminhos para aprimorar as funcionalidades do sistema de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal.

2.3. MODELOS EUROPEUS

O continente europeu possui uma grande diversidade de sistemas de escolha de membros das Cortes Constitucionais e que diferem do modelo brasileiro e norte-americano, sobretudo quanto às autoridades que escolhem e confirmam, bem como quanto ao mandato temporário e a convivência com o elemento político da alternância de poder. Para fins didáticos, foram escolhidos três, o francês, o alemão e o português, os quais apresentam especificidades que propiciarão a discussão das disfuncionalidades do processo de escolha brasileiro, a serem tratadas no tópico posterior.

De acordo com o art. 56 da Constituição Francesa, o Conselho Constitucional francês – *Conseil Constitutionnel* – é composto por nove membros não natos, que são escolhidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, juntando-se a estes todos os Presidentes da República como membros natos e vitalícios.

Quanto à escolha, apenas os membros não natos são selecionados, sendo que: três são escolhidos política e discricionariamente³⁸ pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Os membros natos, isto é, os ex-Presidentes da República, possuem a garantia da vitaliciedade e, portanto, ficam em seus cargos até a renúncia, a morte ou a

36 JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. *Economics Analysis of Law Review*, v.2, n. 1, p. 172, 2011.

37 Neste trabalho, no panorama europeu, são elencados apenas os modelos francês, alemão e português. Entretanto, sobre outros modelos de indicação em perspectiva comparada, cf. PAES, Taíse 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. 2011. 78 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2011.

38 A vinculação político-ideológica dos nomeados para membro do Conselho Constitucional francês e seus nomeadores é mais patente, na medida em que a liberdade de escolha é amplíssima e não há exigências ou pré-requisitos de capacidade profissional para o exercício do cargo. Cf. TAVARES FILHO, Newton. Procedimento e Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*, p. 3-10, 2002.

aposentadoria. De outro lado, os nove membros não natos são investidos para um mandato de nove anos, vedada a recondução. O grau de renovação é de um terço a cada três anos correntes, de modo que não seja renovado percentual inferior à metade, preservando-se membros com experiência nos trabalhos da Corte.

Nos termos do art. 93 da Lei Fundamental da Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal alemão – *Bundesverfassungsgericht* – compõe-se de dezesseis membros, os quais são subdivididos em dois Senados com oito membros cada. Em cada um dos Senados, três juízes são selecionados dentre magistrados de tribunais superiores.

Os demais juízes são escolhidos livremente, em metades, pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal. Em ambos, o quórum necessário para a formação do consenso político sobre a indicação é o de maioria qualificada de dois terços dos parlamentares. A nomeação, ato final de escolha e de caráter vinculado e declaratório, é exercida pelo Presidente da República.

Os requisitos objetivos é que somente podem ser investidos aqueles que tenham mais de três anos de experiência profissional, não sejam membros da Câmara de Representantes, do Senado, do Governo ou de outros órgãos de Estados alemães (à exceção da magistratura), possuam direitos políticos plenos e cumpram os requisitos para o exercício da magistratura. O mandato é de doze anos, vedada recondução. A idade mínima é de quarenta anos de idade e a aposentadoria compulsória ocorre aos sessenta e oito anos. Neste último caso, dar-se-á independentemente do termo final do mandato.

Sob o ponto de vista fático, a despeito do componente político acentuado na escolha dos juízes do Tribunal Constitucional Federal alemão, a corte tem demonstrado independência em relação aos partidos que patrocinaram as indicações e não há reputações desabonadoras de sua seriedade e isenção³⁹.

Por fim, o art. 202 da Constituição portuguesa dispõe que o Tribunal Constitucional português é composto por treze juízes. Deste total: (i) dez são eleitos pelo Poder Legislativo, mais especificamente pela Assembleia da República, por maioria de dois terços dos votos; (ii) e os outros três são cooptados pelo Tribunal Constitucional, pelo voto de, no mínimo, sete de seus membros. A magistratura possui uma reserva de vagas, de modo que seis dos treze membros deverão ser necessariamente escolhidos dentre juízes dos tribunais portugueses. Entretanto, os outros sete membros deverão ser escolhidos dentre juristas.

Relativamente aos dez membros eleitos pela Assembleia da República, o processo de escolha dar-se-á por eleição, dentre candidaturas apresentadas, perante o Presidente da Assembleia, por no mínimo vinte e cinco e no máximo cinquenta deputados. Logo após, exige-se que o candidato à vaga aceite a potencial função e, em seguida, são eleitos os candidatos que obtiverem o voto de dois terços dos

39 TAVARES FILHO, Newton. Procedimento e Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*, p. 3-10, 2002.

deputados presentes, desde que atingido o quórum de maioria absoluta necessário à instalação da sessão.

Acerca dos outros três membros, o procedimento é distinto. Os magistrados nomeados pela Assembleia da República se reunirão, no prazo de dez dias, para escolher os nomes restantes dentre juízes dos demais tribunais ou de juristas. A votação será secreta e considerar-se-á eleito o nome que obtiver, no mínimo, sete votos na mesma votação, bem como aceitar os encargos e atribuições da função pública.

O mandato será de nove anos, vedada recondução. Outro dado interessante é a inexistência de limites objetivos de idade para aceder ao cargo, bem como de idade máxima que eventualmente impusesse a aposentadoria compulsória. No caso português, não há qualquer participação do Presidente da República no processo de escolha. Não é possível afirmar que isso tenha sido melhor ou pior do que aquilo que se espera, na medida em que essa peculiaridade não impediu a politização elevada das nomeações e nem o decaimento da isenção dos magistrados do Tribunal Constitucional⁴⁰.

3. **COMO A DOUTRINA JURÍDICA E O DIREITO COMPARADO PODEM CONTRIBUIR?: INCONSISTÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS E NOVOS HORIZONTES DO PROCESSO DE ESCOLHA DE MINISTROS DO STF**

Após a descrição procedimental e de questões preliminares sobre o modelo de escolha de ministros de Cortes Constitucionais, tanto no Brasil como nos EUA e em países europeus, a discussão de eventuais defeitos pode ser habilitada. Não se pretende encobrir falhas com sugestão de mecanismos que sejam panaceias para os problemas apresentados, mas antes refletir sobre o que a prática tem revelado e como utilizar o mecanismo de aprendizagem com outros sistemas para incrementar o envelhecido sistema de investidura dos membros das Cortes Supremas, em especial, no panorama brasileiro. Deste modo, as experiências históricas demonstram possíveis inconsistências no processo de investidura de ministro do STF, no Brasil, e que merecem atenção neste debate inicial.

3.1. **INDETERMINAÇÃO TEMPORAL**

Mais árduo do que o processo de escolha propriamente dito é a indefinição constitucional ou legal de um prazo para que seja principiado o processo de investidura de ministro do Supremo Tribunal Federal em face de cargo vago.

Um exemplo notório foi a tardia indicação do Ministro Edson Fachin para ocupar a vaga deixada pela aposentadoria antecipada do Ministro Joaquim Barbosa. No ínterim entre 31 de julho de 2014 e 16 de junho de 2015, quase um ano, diversas ações não puderam ter votação concluída por necessidade de desempate. Além

40 TAVARES FILHO, Newton. Procedimento e Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*, p. 3-10, 2002.

disso, houve prejuízos à celeridade processual, pois a ausência de um ministro impacta o andamento nos trabalhos da Corte, sobretudo, em relação aos processos pertencentes ao acervo do Ministro predecessor.

A título exemplificativo, por ocasião de vacância em decorrência do falecimento do Ministro Teori Zavaski em 19 de janeiro de 2017, os cerca de sete mil e quinhentos processos do acervo de gabinete, precisaram aguardar a nomeação do novo ministro, Alexandre de Moraes, que ocorreu em 22 de março de 2017. Evidentemente que, neste caso, a nomeação do sucessor foi mais célere, porém revela o inegável prejuízo que a pendência propicia para a satisfatória marcha processual de um elevado número de processos⁴¹.

Devido às dificuldades promovidas pela indeterminação temporal para a escolha de ministro do STF, mais prudente que se determinasse, por Emenda Constitucional, a fixação de um prazo para indicação do Presidente da República. Apesar disso, há autores que propõem que se descole a mera práxis, de raiz norte-americana, e se assuma que não há prerrogativa constitucional expressa de que é o Presidente da República quem deve proceder à correspondente indicação do nome. Deste modo, poderia o Senado Federal, em nome próprio, indicá-lo para o cargo vago⁴².

Sob outro prisma, a Proposta de Emenda à Constituição nº 117, de 2015, de autoria do senador Flexa Ribeiro (PSDB-PA) apresenta uma solução alternativa que propõe que, quando houver cargos vagos, o ministro mais antigo do Superior Tribunal de Justiça é quem assume a cadeira até que ocorra a nomeação do titular da vaga no Supremo Tribunal Federal⁴³.

Portanto, neste caso, busca-se uma política de redução de danos, mas sem responder à questão de fundo, qual seja, a demora eventual do chefe do Executivo federal em iniciar o processo de escolha e investidura do ministro titular do STF, a quem caberá, de fato, a tomada de decisões político-jurídicas decisivas em casos de grande repercussão nacional.

Nesse sentido, aniquilar a questão aparentemente acessória da indeterminação temporal para a escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal pode não fazer

41 Esse fato não é novo: no lapso entre a aposentadoria do Ministro Eros Grau (30 jul. 2010) e a posse do Ministro Luiz Fux (03 mar. 2011), a ausência de um único membro no Supremo provocou o impasse no RE 63014717, sobre a fixação de entendimento acerca da aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 135/2010 – às eleições gerais de 2010. Mais tarde, em 27 de fevereiro de 2015, o Ministro Celso de Mello, em face de demora presidencial para indicar um ministro e devido às consequências nefastas do atraso para o STF, afirmou em sessão plenária, quando da análise da ADI 2905, que: “É verdade, e Vossa Excelência toca em um ponto muito importante. Essa omissão, que está se tornando irrazoável e até mesmo abusiva, por parte da senhora presidente da República, na indicação de um novo juiz para o Supremo Tribunal Federal, parece reproduzir, guardadas das devidas proporções, à situação de abuso perpetrada por um antecessor de Sua Excelência na Presidência da República, o Marechal Floriano Peixoto, em 1893, quando, insatisfeito com determinados julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, simplesmente recusou-se, de modo arbitrário, a fazer as indicações. Isso inviabilizou o funcionamento do STF durante dois ou três meses, por falta de quórum. No caso, obviamente não há esse problema, a não ser quando ele ocorre pontualmente. Mas essa omissão já está interferindo no resultado dos julgamentos. Terça-feira, na Segunda Turma, isso se verificou, quando, em razão da falta de indicação – já se vão sete meses – a Segunda Turma foi obrigada a proferir determinada decisão precisamente em face de um empate, de um empate insuperável. E, de novo, adia-se um julgamento porque nós estamos realmente experimentando essas dificuldades, que vão se avolumando. É lamentável que isso esteja ocorrendo”. A manifestação pode ser assistida na página institucional do STF no *youtube*, a partir de 1h46m. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=li0Ludtof1k>>. Acesso em: 10 set. 2018.

42 MELO, André Luis. Presidente apenas nomeia ministros do Supremo. **Conjur – Consultor Jurídico**. São Paulo, 7 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-07/presidente-republica-apanas-nomeia-ministros-supremo>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

43 BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 117/2015**. Brasília-DF, 2015.

diferença. Porém, no trato comezinho da marcha processual, revela-se o prejuízo significativo aos jurisdicionados; e sob o ponto de vista da qualidade da escolha, reduz-se a pressão para a escolha imediata ou voluntarista de nomes à assunção ao cargo de ministro do STF.

3.2. AUSÊNCIA DE PODER DE VETO AOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO NO GOVERNO EM EXERCÍCIO

Um dos pontos de maior crítica trata-se da atual possibilidade de indicação de candidato à vaga de ministro do STF a pessoa que exerça cargos de confiança durante o mandato do Presidente da República em exercício, a quem cabe a designação. Não é raro que a proximidade e a afinidade política com o Presidente da República têm sido os fatores decisivos para a indicação de Ministros⁴⁴. Diversas vagas são providas por anteriores ocupantes de cargos de Ministros da Justiça, de Advogado-Geral da União ou de subchefe jurídico da Casa Civil do governo em exercício⁴⁵.

A inexistência de veto a indicados que detenham cargo de confiança, sobretudo, no governo central, admite que se utilize, indevidamente, o cargo de ministro do STF, como moeda de troca – ou “ação entre amigos”⁴⁶ – para que o Presidente da República manifeste sua gratidão política pelo apontado.

Isso não significa necessariamente que esta conjuntura preliminar se constatará⁴⁷. Antes de mais, assevera-se que, para fins prospectivos, ao direito cabe antecipar conjunturas preambularmente passíveis de empreendimentos antirrepublicanos, ainda que, no mérito, estejam eventualmente ausentes no caso concreto.

Esta cautela não descarta da constatação de que, ao longo da história do Supremo Tribunal Federal, houve uma diminuição progressiva da atuação partidária

44 Exemplo recente é o do Ministro Alexandre de Moraes, que foi membro do Ministério Público de São Paulo (1991 a 2002). Depois ocupou o cargo de Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (2002 a 2005), no governo Geraldo Alckmin (PSDB-SP). Adiante, integrou a primeira composição do Conselho Nacional de Justiça, na vaga destinada à escolha da Câmara dos Deputados (2005 a 2007). Em seguida, foi Secretário Municipal de Transportes da capital paulista, no governo Gilberto Kassab (2007 a 2010) e Secretário Municipal de Serviços (2009 e 2010). Novamente assume o cargo de Secretário de Estado da Segurança Pública (2015), até a nomeação para o Ministério da Justiça pelo Presidente Michel Temer (2016). Desde 2015, era filiado ao PSDB, partido do qual se desvinculou por ocasião de indicação ao cargo de Ministro do STF. Portanto, antes de investido no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, ocupava o cargo de Ministro de Estado da Justiça do governo do Presidente Michel Temer. O exemplo não é incomum, nem no período autoritário brasileiro e nem após a redemocratização. Com ênfase neste último período, destacam-se outros casos. O Ministro Gilmar Mendes foi indicado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso em 20 de junho de 2002, quando aquele era Advogado-Geral da União também nomeado por este. O Ministro José Antônio Dias Toffoli, indicado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, antes de ser nomeado Ministro do STF foi consultor jurídico da Central Única dos Trabalhadores – Nacional (1993 e 1994), assessor jurídico da liderança do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados (1995 a 2000), chefe de gabinete da Secretaria de Implementação das Subprefeituras da capital paulista (2001), subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (2003 a 2005) e Advogado-Geral da União (2007) no governo de Lula. Cf. STF. Supremo Tribunal Federal. **Composição atual**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em: 06 set. 2018.

45 GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Os critérios de escolha dos ministros do STF e a indicação de Luis Roberto Barroso. **Migalhas**. São Paulo, 13 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI180400,101048-Os+critérios+de+escolha+dos+ministro+s+do+STF+e+a+indicacao+de+Luis>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

46 DALLARI, Dalmo de Abreu. Degradação do Judiciário. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 08 mai. 2002. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0805200209.htm>>. Acesso em: 01 set. 2018.

47 Maria Fernanda Jaloretto e Bernardo Mueller desenvolveram uma análise empírica sobre o procedimento de escolha dos ministros do STF e concluíram que o método procedimental de escolha utilizado no país, a despeito da possibilidade de ingerência dos Poderes Executivo e Legislativo sobre as decisões da Corte, não compromete, per se, significativamente as decisões tomadas pelo tribunal, embora tenha contribuído para elevar a discussão e a divergência. Foram analisadas estatisticamente, com base na divergência ou consenso entre ministros (quanto aos resultados de procedência, parcial procedência e improcedência), as decisões da Corte e os votos individuais em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, durante o governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no qual ocorreu o maior número de nomeações. Cf. JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. **Economics Analysis of Law Review**, v.2, n. 1, p. 170-187, 2011.

dos nomes escolhidos para compor a Corte Suprema. Em estudo sobre o tema, entre 1946 e 1964, cerca de 43% dos magistrados do STF eram filiados a algum partido político antes de assumirem os cargos vitalícios. Entre 1985 e 2008, este número caiu para 33%. Mas estes números não podem ser interpretados de modo estanque e o direito precisa se antecipar aos acontecimentos⁴⁸.

Deste modo, corroborar com a mencionada prática oportuniza o deletério efeito de transmudar o legítimo intento de ocupar meritoriamente o cargo de ministro do STF em mero agradecimento por atribuições exercidas no cargo em comissão.

3.3. ELEVADA CONCENTRAÇÃO DO PODER PRESIDENCIAL

Não é indene de censura o amplo poder outorgado ao Presidente da República pela Constituição. A aprovação ou não da indicação pelo Senado não representa um poder tão significativo, quando considerado como referencial a extensão do poder de escolha sobre um nome. Em síntese, todas as indicações são realizadas pelo Poder Executivo, o que reduziria o espectro de atuação efetiva do Legislativo, por meio do Senado Federal, a quem é dado um papel de referendo, de modo a tornar o ato administrativo perfeito e idôneo para abrir caminho à nomeação do indicado⁴⁹.

Diversas Propostas de Emenda à Constituição⁵⁰ foram elaboradas e tramitam no Congresso Nacional com o intuito de diluir o poder do Presidente da República, seja prevendo a distribuição das indicações para outros órgãos do Judiciário, como o Superior Tribunal de Justiça, do Legislativo, como a Câmara dos Deputados, e instituições de cariz independente, como a Procuradoria Geral da República e a Ordem dos Advogados do Brasil⁵¹.

Conquanto, *a priori*, seja uma proposta que abre espaço para a pluralização dos atores políticos aptos a participar do processo de escolha dos ministros do Supremo, há de se considerar, pelo menos, duas dificuldades.

48 SANTOS, André Marenco dos; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1829-2006). **Revista de Sociologia e Política**. [online]. 2008, vol 16, n. 30, p. 131-149.

49 André Luis Melo leciona que a Constituição Federal estabelece que cabe ao presidente da República a nomeação, após a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Deste modo, cabe ao presidente o último ato, mas não o primeiro. O primeiro é lacuna constitucional, porque não há indicação expressa sobre quem indica para a escolha pelo Senado e nomeação posterior pelo Presidente. Deste modo, o que existe é uma deferência à tradição norte-americana de que é o Presidente quem indica o nome para arguição pelo Senado Federal. Nada impediria, no contexto brasileiro, que o Senado, em nome próprio, indicasse candidatos para serem sabatinados na casa ou que o próprio STF indicasse os candidatos que seriam sabatinados. Cf. MELO, André Luis. Presidente apenas nomeia ministros do Supremo. **Conjur – Consultor Jurídico**. São Paulo, 7 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-07/presidente-republica-apanas-nomeia-ministros-supremo>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

50 Em 2017, havia tramitação de, no mínimo, cinco Propostas de Emenda à Constituição, que tratavam sobre modificações no processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal (PEC nº 44/2012; PEC nº 3/2013; PEC nº 3/2014; PEC nº 55/2014; PEC nº 46/2015), três PECs a respeito do prazo para a nomeação de novos ministros (PEC nº 68/2013; PEC nº 17/2015; PEC nº 52/2015) e uma sobre a idade mínima dos indicados (PEC nº 54/2015). Cf. HERNANDES, Raphael. Forma de nomeação ao STF é tema de propostas; veja exemplos pelo mundo. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 23 fev. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1861319-forma-de-nomeacao-ao-stf-e-tema-de-propostas-veja-exemplos-pelo-mundo.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

51 A Proposta de Emenda à Constituição nº 44, de 2012, de autoria do senador Cristovam Buarque (PPS-DF), em seu texto original, mantinha o processo de nomeação dos ministros do STF pelo Presidente da República, entretanto submetia a escolha à lista tríplice com indicações oferecidas previamente pela Procuradoria Geral da República. Na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, o texto foi substituído por novo texto que determinava a elaboração da lista, em até um mês após vago o cargo, por um colegiado formado pelos presidentes do STF, STJ, TST, STM, do Conselho Federal da OAB e do Procurador-Geral da República e Defensor Público-Geral Federal. Cf. GÓIS, Fábio. CCJ do Senado aprova alteração no processo de escolha dos ministros do Supremo. **Congresso em Foco**. Brasília, 05 jul. 2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/ccj-do-senado-aprova-alteracao-no-processo-de-escolha-dos-ministros-do-supremo/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

A primeira dificuldade é o mito da tecnicidade das instituições jurídicas, seja quanto aos órgãos que integram o Judiciário, ou em relação àqueles que possuem relação externa, mas necessária, com eles. Não há como garantir que os órgãos do Poder Judiciário, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil não utilizem suas prerrogativas para construir uma solução tipicamente corporativista para a escolha própria de ministros do STF.

O segundo obstáculo é o mito da promoção de embargo político às decisões da Corte. O Supremo Tribunal Federal, por natureza, é uma instituição política, que decide matérias política e juridicamente controvertidas, sobretudo, como trincheira e garante de minorias políticas. Em tese, o Presidente procura sinalizar, por meio de suas indicações, os valores sociais expressos pelo eleitor e o apoio da sociedade civil a uma ou outra escolha. Como ator político sujeito à volatilidade das aspirações do eleitorado, o Presidente da República teria o poder de indicar o nome mais adequado de acordo com as pretensões do direito, da justiça e da Constituição alinhados à sociedade. Este obstáculo percebe o Presidente como o promotor de um espaço de contato possível entre a democracia majoritária e o contramajoritarismo do Poder Judiciário.

Malgrado sejam obstáculos sustentáveis, o incentivo para a escolha participativa confere maior legitimidade democrática à escolha, sobretudo, em circunstâncias *sui generis* em que os próprios indicados julgarão os responsáveis por sua indicação – o Presidente da República – e por sua arguição oral – os Senadores da República. Não é incomum essa dificuldade de compatibilizar os interesses dos agentes políticos eleitos que escolherão os próximos Ministros do STF e, ao mesmo tempo, poderão julgar casos em que aqueles estão comprometidos.

3.4. **SABATINAS CAMBIANTES: ENTRE A ATITUDE PROTOCOLAR E A AUSTERIDADE DO SENADO FEDERAL**

Não há uma definição constitucional ou legal detalhada sobre os moldes da sabatina de ministro do STF. O próprio regimento interno do Senado Federal é lacônico sobre eventuais mecanismos de controle. A rigor, é praxe o uso da arguição para conhecer e explorar tanto quanto possível o indicado, sendo livres as indagações gerais sobre temas nacionais, sobretudo, jurídicos, e questionamentos específicos sobre os pontos de currículo e da biografia.

Historicamente, em regra, as sabatinas converteram-se em um processo meramente protocolar, que referenda a vontade do Presidente da República. No entanto, com o fortalecimento dos papéis desempenhados pelas Cortes Constitucionais e, no Brasil, pelo STF, é perceptível uma guinada na mentalidade sobre o grau de importância conferido à Suprema Corte e ao agir individual dos ministros, na medida em que decidem questões de grande repercussão social, econômica e política, em diversas oportunidades, com eficácia contra todos e efeitos vinculantes. O resultado é uma percepção mais aguda da presença do STF na decisão de questões nacionais, o que se reflete no avanço exploratório em sabatinas mais recentes.

O saldo duvidoso reside na modulação das questões consoante o perfil do sabatinado e suas qualificações, de modo que há sabinas mais duras e outras nem tanto. Nesse cenário, dilata-se sobremaneira a disparidade de tratamento dos indicados, conforme as conveniências históricas e pessoais⁵², vinculações biográficas políticas e ideológicas precedentes ou como mero reflexo das turbulências partidárias, maiores ou menores no parlamento, entre governo e oposição.

Um ponto criticado é o uso da sabatina como instrumento meramente protocolar pelo Senado Federal. Desde 1890, quando foi criado o Supremo Tribunal Federal, somente cinco indicações presidenciais foram derrubadas pelos parlamentares, de um total de duzentas e noventa e quatro nomeações⁵³. Todas elas ocorreram no governo do Marechal Floriano Peixoto, pela justificativa de ausência de notório saber jurídico⁵⁴.

Porém, há obstáculos a estas críticas, sobretudo, porque é complexo apurar até que ponto há uma negociação prévia entre o Palácio do Planalto e o Parlamento brasileiro para costurar um nome possível dentre aqueles cogitados. Nessa acepção, conquanto a matriz constitucional confira uma atmosfera mais protocolar ao Senado Federal, este pode ser faticamente decisivo antes mesmo da escolha do indicado, tendo em vista que não se deve desprezar o esforço político anterior a qualquer indicação, seja para evitar derrotas políticas posteriores, com efeitos ruins sobre o capital político presidencial, ou para desembaraçar uma escolha negociada politicamente menos onerosa para solucionar a vacância⁵⁵.

52 No caso da sabatina do Ministro Dias Toffoli foram muito exploradas as reprovações em dois concursos públicos para a Magistratura de São Paulo e na de Edson Fachin o seu apoio à campanha de Dilma Rousseff. No caso do Ministro Alexandre de Moraes, houve aprovação com facilidade pela base do governo, apesar da defesa em tese de doutorado de que pessoas com cargo de confiança na administração federal não deveriam ser nomeadas para a Corte. Este posicionamento acadêmico é dissonante do próprio caso do autor, que era filiado ao PSDB e foi Secretário de Segurança Pública em São Paulo, no governo de Geraldo Alckmin (PSDB), antes de chegar a Ministério da Justiça no governo do Presidente Michel Temer. Cf. SCHREIBER, Mariana. Em 5 pontos: o que poderia mudar no processo de nomeação de ministros do STF? **BBC Brasil**. Brasília, 6 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38885153>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

53 De 1890 até setembro de 2018, foram nomeados 294 nomes ao Supremo Tribunal Federal, conforme consta de lista pública no sítio eletrônico da Corte Suprema: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp>.

54 Os casos foram o de Ewerton Quadros, general da Revolução Federalista, Demóstenes Lobo, diretor-geral dos Correios à época, Galvão de Queiroz, também general, e Antônio Sève Navarro, então subprocurador da República. Ewerton Quadros foi recusado pelo Senado Federal por ter se dedicado vida militar e ao comando de tropas e não às letras jurídicas. Demóstenes Lobo não conseguiu demonstrar a exigência de notável reputação em razão das graves acusações a ele feitas da tribuna. Galvão de Queiroz também foi recusado por ter mais afeição militar e pouco conhecimento de direito. E Antônio Sève Navarro teria sido rejeitado por não possuir notável saber jurídico, ainda que seja muito provável que este não tenha sido o cerne da discussão no Senado. A despeito destes, o caso mais emblemático de rejeição foi a de Cândido Barata Ribeiro. Foi escolhido por Floriano Peixoto para ocupar a vaga no Supremo Tribunal Federal e exerceu suas funções por 10 meses até aprovação final do Senado, que não era exigida para o início imediato das funções. Ocorre que Barata Ribeiro era médico-cirurgião e lecionava na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro. Embora já tivesse exercido o cargo de prefeito do Distrito Federal, foi indicado por Floriano, o qual considerava que a exigência literal da Constituição de 1891 era suficiente ao exercício do cargo, qual seja, "notável saber". É de setembro de 1894 a declaração do Senado Federal que o inadmitiu: "Mentiria a instituição [STF] a seus fins se entendesse que o sentido daquela expressão 'notável saber', referindo-se a outros ramos de conhecimentos humanos, independesse dos que dizem respeito à ciência jurídica, pois que isso daria cabimento ao absurdo de compor-se um tribunal judiciário de astrônomos, químicos, arquitetos". Para evitar novos embates, as Constituições posteriores a 1891, acrescentaram ao "notável saber" a qualificação de que ele deveria ser eminentemente "jurídico". Cf. OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado. **Revista Direito Público**, IDP, Brasília, v. 1, n. 25, p. 68- 78, jan-fev, 2009.

55 Ricardo Abramovay, ex-Secretário Nacional de Justiça no Governo Lula, relata que, embora houvesse intensa pressão, durante o Mensalão, para que fossem nomeados nomes próximos ao Partido dos Trabalhadores, como Luiz Eduardo Greenhalgh, a solução negociada possível com o Senado, naquele contexto, foi a indicação de Ricardo Lewandowski. Professor Titular da Universidade de São Paulo, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e sem vinculação ao PT, foi o nome mais palatável para que o Governo evitasse derrotas políticas no Senado Federal. Cf. SCHREIBER, Mariana. Em 5 pontos: o que poderia mudar no processo de nomeação de ministros do STF? **BBC Brasil**. Brasília, 6 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38885153>>. Acesso em: 14 ago. 2018; PRAÇA, Sérgio. O processo de escolha dos ministros do STF tem que mudar? **Revista Exame**. São Paulo, 22 jun. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/sergio-praca/o-processo-de-escolha-dos-ministros-do-stf-tem-que-mudar/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

O cenário de turbulências políticas, as polarizações e a mudança de mentalidade sobre a importância do Supremo Tribunal Federal na tomada de decisões políticas, já apresenta um impacto significativo. Evidentemente que, a partir disso, as sabatinas perderam uma parcela da conotação homologatória, porém representa um cenário que pode ser cíclico e dependente de instabilidades para funcionar com austeridade. Deste modo, não há possibilidade de uma sabatina efetivamente mais rigorosa sem que existam compromissos e critérios mais firmemente delineados. Caso contrário, a austeridade não será perene o suficiente e será resultado de casuísmos descolados da seriedade e responsabilidade que demandam a constância desta espécie de controle.

A despeito de seus defeitos, a sabatina é um instrumento importante de legitimação democrática da decisão, pois referenda a participação de representantes eleitos pelo povo, embora representantes das unidades federativas, para que possam atestar a capacidade, a técnica e aptidão jurídicas e a postura acerca de pontos polêmicos que invariavelmente podem ser suscitados no Supremo Tribunal Federal. Isso permite um controle prévio, apesar de evidentes casos de insinceridades procedimentais, estimuladas pelas expectativas de neutralidade dos próprios mandatários eleitos, quanto à aceitabilidade ou à preferência de visão política a ser impressa efetivamente nos trabalhos da Corte.

3.5. TRANSPARÊNCIA, OPACIDADE E DÉFICIT DEMOCRÁTICO

A transparência nos processos de investidura dos ministros do STF é um dos maiores desafios do modelo atual. No Brasil, não há um debate aberto e profundo com a sociedade sobre os nomes que serão escolhidos. Em tempos de refluxo de direitos e garantias, as escolhas irrefletidas ou meramente baseadas em negociações internas entre os poderes podem minar a credibilidade da sociedade no Poder Judiciário, levando-o a gastar o capital político acumulado em tempos pretéritos⁵⁶. Mais do que isso, impede o cumprimento efetivo da premissa básica que sustenta a acumulação do poder de indicação nas mãos do Presidente. Isto é, não há razão para deixar de alimentar um debate público de escolha se o que se pretende também é que o Presidente possa influenciar, pautado na vontade do eleitorado, a matriz político ideológica da Corte Suprema.

O caso argentino ilustra o fomento de legitimidade democrática. Em 2003, o então Presidente Néstor Kirchner, publicou o Decreto nº 222/2003, com o intuito de aumentar a participação social e, por corolário, a transparência do processo de escolha para nomeação dos Ministros da Corte Suprema. A iniciativa presidencial

⁵⁶ Na lição de Patrícia Perrone, nos 30 anos da Constituição, o grau de exercício do papel institucional do STF apresenta um movimento pendular. Entre 1988 e o final dos anos 90, prevalece a autocontenção, a cautela da jurisprudência defensiva e o reduzido escopo de atuação. Nos anos 2000, a renovação da corte e a expansão de instrumentos de controle de constitucionalidade proporcionaram a conquista de capital político para a luta contra as discriminações e o patrimonialismo. De 2014 até os dias atuais, o STF experimenta o arrefecimento de sua reputação pública diante de decisões ambivalentes em matéria de combate à corrupção. Apesar dos esforços pela efetividade, a Corte padece da fragmentação decisória, do descumprimento da colegialidade e do sentimento de provisoriedade decisória proporcionada por quóruns apertados. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autocontenção, expansão e ambivalência. In: Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ, 2018.

ocorreu após forte perda de confiança social pelas intervenções do Executivo na formação da Corte Argentina e pelas críticas do alinhamento institucional excessivo ao governo Menem, o que ficou conhecido como “maioria automática” em favor dos interesses governamentais⁵⁷.

Nos termos do Decreto nº 222/2003, foram estabelecidos novos parâmetros para selecionar o candidato a ministro da Corte Suprema de Justiça, a fim de melhorar efetivamente o serviço de justiça, fortalecer o republicanismo e incrementar a qualidade institucional. Dentre as providências, está a publicação, com prazo máximo de trinta dias, em Boletim Oficial, e por dois jornais de circulação nacional durante três dias, do nome e dos antecedentes curriculares das pessoas que foram pré-selecionadas. Além disso, deverão ser divulgados bens seus e de familiares, locais de trabalho, associações em que os apontados participam ou participaram e clientes atendidos nos últimos oito anos. Em simultâneo, a publicação deve ser divulgada na página eletrônica do Ministério da Justiça, Segurança e Direitos Humanos.

Após o prazo de quinze dias, a contar do vencimento do lapso de publicação, qualquer cidadão ou instituição nacional poderá encaminhar ao Ministério da Justiça, Segurança Social e Direitos Humanos suas considerações acerca dos pretensos nomeados. Em mais quinze dias, o Poder Executivo Nacional analisará todos os conselhos enviados pela população e instituições da sociedade civil e anunciará o escolhido. Apenas após este primeiro escrutínio é que o nome do indicado passará pelo exame do Senado Federal.

Ao analisar o cenário brasileiro, Oscar Vilhena Vieira denuncia que o lapso temporal entre a publicação da indicação no Diário Oficial da União e a aprovação final pelo Senado Federal e, posteriormente, entre a aprovação pelo Senado e a nomeação pelo Presidente da República é exíguo para que a sociedade possa tomar ciência do candidato, de suas qualificações, biografia, posições políticas e jurídicas sobre questões controvertidas, bem como a visão pessoal de mundo. Deste modo, nos moldes atuais, a construção de uma opinião suficientemente madura sobre o candidato é inviável. Atualizar o mecanismo de escolha para conferir mais transparência e participação social na investidura de novos ministros do STF é essencial devido ao posicionamento central do STF no espectro político e jurídico, refletido pelo seguinte: (i) elevada quantidade de questões decididas (em 1988, o STF decidiu 16.313 processos; enquanto em 2010, foram 103.869 processos), (ii) alta complexidade das questões jurídicas (v.g., aborto, cláusula de barreira, fidelidade partidária, ensino religioso, união homoafetiva, pesquisa com células-tronco embrionárias, dentre outras) e (iii) crescimento significativo de decisões monocráticas de alto impacto⁵⁸.

Na medida em que nenhum poder pode ficar isento de controle social, é preciso alterar o processo de escolha, mantido incólume mesmo com a Reforma do

57 PIREs, Thiago Magalhães. Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina). In: Rodrigo Brandão, **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**, Editora Jus Podim, 2017, p. 35.

58 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Transparência na escolha dos novos ministros do STF**. Portal FGV. Disponível em: < <https://portal.fgv.br/noticias/transparencia-escolha-novos-ministros-stf-artigo-oscar-vilhena-vieira>>. Acesso em: 06 set. 2018.

Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004), para que a sociedade possa participar ativamente, introduzindo-se novos mecanismos nos moldes do aperfeiçoamento da escolha da Corte Suprema de Justiça argentina⁵⁹.

A publicação prévia do processo de escolha nos meios oficiais de grande circulação, bem como a oportunidade de que entidades civis e cidadãos sejam qualificados como atores essenciais atentos a um Supremo Tribunal Federal que ocupa cada vez mais espaços no cenário político institucional brasileiro, são meios de edificação de uma legitimidade democrática real e transparente.

3.6. INSUFICIÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E INDETERMINAÇÃO SEMÂNTICA DE NOTÓRIO SABER JURÍDICO E REPUTAÇÃO ILIBADA

Não há de se descartar a atual possibilidade de nomeação de pessoas com poucos anos de experiência. Enquanto em outros tribunais se exige, no mínimo, dez anos de experiência, não há padrão similar no Supremo Tribunal Federal. Trata-se de reflexo da ausência de mensuração do notório saber jurídico, a qual não deveria ser negligenciada no âmbito de escolha de ministros do STF.

A previsão constitucional atual, com o uso de conceitos jurídicos indeterminados de “notório saber jurídico” e “reputação ilibada” viabiliza a escolha de pessoas de confiança do Presidente da República, em detrimento do emprego sincero do notório saber jurídico aferível pela análise documental e por arguição oral comprometida.

A indeterminação, nos moldes atuais, pode até funcionar. No entanto, exige-se que a sociedade e os parlamentares compreendam a relevância dos cargos de ministros do STF e o peso da Corte na construção da agenda pública do país. A partir disso, há um estímulo a questionamentos mais substantivos, sinceros e menos romantizados sobre a posição dos candidatos e das decisões tomadas na vida progressa⁶⁰.

Num cenário de empenho qualificado, a transparência nas informações sobre o indicado e a seriedade parlamentar no trato procedimental de escolha podem resolver, *per si*, as incongruências da indeterminação dos requisitos constitucionais; caso contrário, fatores mais objetivos e concretos necessitariam de atuar.

59 Eduardo Silva Luz e José Eduardo Sabo Paes defendem que a sociedade civil deve participar mais ativamente no processo de defesa das normas constitucionais. A figura de *amicus curiae* seria insuficiente para viabilizar tão importante participação. Além disso, a escolha discricionária, pelo chefe do Executivo, para o cargo de ministro do STF não reflete a amplitude do atual estágio democrático brasileiro, deixando a população à margem dos acordos e negociações políticas existentes na penumbra dos bastidores. A ausência de uma participação mais transparente e universal da sociedade civil prejudica a legitimidade democrática, deixando a cargo quase exclusivamente ao alvedrio do chefe do Executivo, considerando as características faticamente protocolares do Senado Federal. Cf. LUZ, Eduardo Silva; PAES, José Eduardo Sabo. A participação da sociedade civil na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, v.12, n. 2, p. 257-280, 2017.

60 Ao analisar o valor da sinceridade judicial e as suas repercussões na jurisdição constitucional, Gabriel Accioly assevera que os riscos da insinceridade à jurisdição constitucional não estão adstritos apenas à decisão judicial, mas, também, à própria etapa de sabatina a que os magistrados são submetidos. Destaca, por exemplo, a preferência dos governos republicanos, nos EUA, por juízes que apliquem a lei e não legislem do Tribunal. Em regra, estes são os candidatos que mais se recusam a responder objetivamente questões morais controversas, com o intuito de se abster sobre posições pessoais. Ocorre que compreender esta etapa dentro de uma lógica insincera quanto à criação do direito promove um incentivo maior a que, na prática, a real atuação, com traços cobertos de ideologias dissonantes ou contrárias ao mandatário responsável pela indicação, seja descoberta somente depois, quando passada a penumbra insincera lançada sobre o manto do controle democrático das sabinas. Cf. GONÇALVES, Gabriel Accioly. A Insinceridade na Jurisdição Constitucional. **Revista da Ajuris**, v. 43, n. 140, p. 207-209, 2016. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/635>>.

Citando como exemplo, ao ratificar o reposicionamento concreto do STF como um dos órgãos de direção do Estado, Alexandre de Moraes defende a conveniência de alterar a forma de investidura dos membros do STF enquanto medida de preservação de legitimidade institucional e de expansão da imparcialidade e independência da Corte. Nessa esteira, leciona o caráter positivo de substituir-se a exigência subjetiva do notório saber jurídico por requisitos capacitários do candidato ao posto de ministro, como a qualificação profissional de bacharel em Direito, cumulado com o exercício mínimo de dez anos em atividades jurídicas privadas ou a qualificação de jurista, a qual poderia ser preenchida pela comprovação de doutorado, devidamente registrado e reconhecido pelo Poder Público⁶¹.

Incontrovertido que a previsão constitucional dos requisitos de notório saber jurídico e reputação ilibada no texto constitucional, por si só, justificam-se pela relevância do cargo, o qual exige probidade e integridade da conduta. Deste modo, a questão não está posicionada na necessidade ou não de requisitos, mas em modos de driblar a abstração e o subjetivismo que podem exacerbar algum grau adicional indesejado de conotação política a ocupar o lugar da importância da aptidão e capacidade técnicas do indicado a ministro do STF.

3.7. GARANTIA DE VITALICIEDADE E A VIABILIDADE DE MANDATOS

A discussão sobre a atual garantia de vitaliciedade para o cargo de ministro do STF, conquanto não esteja diretamente afeita ao modelo de investidura dos ministros, merece atenção, por seus efeitos problemáticos no plano da escolha do mandatário.

Um primeiro problema é a imprevisibilidade sobre a distribuição equânime de escolhas dentre os Presidentes da República eleitos. Alguns chefes do Executivo federal podem indicar e nomear diversos nomes, enquanto outros indicar e nomear poucos Ministros, ou mesmo nenhum. A discrepância desnatura a intenção de legitimação política mínima da Corte, pela indicação do Presidente, na medida em que, não observa o efetivo *status quo* social, abrindo caminho para um eventual desequilíbrio de visões políticas do STF.

No passado recente brasileiro, para efeitos comparativos, ao confrontar o número de indicações levadas a efeito pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, o qual indicou três nomes, e pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que apontou oito nomes, constata-se que ambos, apesar dos mesmos oito anos de mandato, tiveram pesos muito distintos na possibilidade de conformar suas escolhas ao Supremo Tribunal Federal.

O segundo problema decorre do primeiro. Em face da imprevisibilidade patente sobre o momento em que, eventualmente, será possível nomear novos nomes à Corte Suprema, cria-se um incentivo indireto para que os Presidentes efetuem escolhas de nomes jovens e que podem prolongar a sua influência política no Supremo Tribunal

61 Alexandre de Moraes. Direito Constitucional – p. 371.

Federal. Este pode ser um problema, sob o ponto de vista da instabilidade, que tem como corolário a necessidade de um seguro político, mas não necessariamente constituirá uma verdade comprovada faticamente. A mera nomeação de um nome supostamente alinhado à visão política do Presidente não garantirá a perpetuação da visão ideológica, conforme esperado⁶².

A frustração, pela escolha, poderá ocorrer. Por isso, surge uma consequência de sinais contrários. Se antes a concepção era sobre a criação de um seguro político contra a instabilidade majoritária e da oposição, a realidade demonstraria que a presença de um nome jovem que, constatada sua inaptidão para refletir a visão política pretendida pelo Presidente no STF, ficará ainda mais tempo no cargo. Aumenta-se, portanto, o custo sobre a escolha de um ministro do STF, na intenção de evitar os piores efeitos, dificilmente aferíveis com exatidão antes da investidura.

Não obstante a idade inicial de ministro do STF possa invocar dissimulações políticas, a idade para aposentadoria compulsória pode se revelar eficaz a propósitos semelhantes. Não há relação de causalidade necessária entre aumentar a idade de aposentadoria compulsória de ministros do STF e a vontade do legislador em evitar que ministros que estiverem prestes a se aposentar possam permanecer no cargo e, por consequência, impedir que o Presidente da República promova novas escolhas.

Entretanto, a manobra política é perfeitamente possível. Sobretudo, considerando-se que a idade de aposentadoria compulsória é veiculada por norma constitucional, alterável pelo poder constituinte derivado reformador por emenda, que independerá da vontade presidencial registrada pela sanção ou veto, bem como de promulgação por este agente político. Como é sabido, o art. 60 da Constituição confere a legitimidade de propositura da emenda a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembleias Legislativas, por maioria relativa dos seus membros.

À exceção do próprio Presidente, que não se espera que ao seu desfavor, os demais legitimados poderão exercer a prerrogativa de impulsionar uma emenda constitucional, que será promulgada sem participação presidencial, para aumentar a idade de aposentadoria compulsória e, portanto, impedir o Presidente da República que indique novos nomes, os quais passarão a ser prerrogativas do próximo mandatário.

62 Ran Hirschl explica que o empoderamento judicial pela constitucionalização é melhor compreendido como subproduto da interação estratégica de três grupos-chave, quais sejam, as elites políticas, as elites econômicas e as elites judiciais e tribunais superiores. O uso da tese da preservação hegemônica pelas elites políticas é o que mais se coaduna com a mensagem proposta por este artigo. Segundo o autor, as elites políticas buscam reforçar a hegemonia política isolando processos de tomada de decisão da política democrática, de modo que, instrumentalmente, facilita-se a transição democrática plena pelo oferecimento de um "seguro" aos perdedores eleitorais. Em síntese, Hirschl propugna que a juristocracia pela constitucionalização é parte de um processo mais amplo, pelo qual as elites políticas e econômicas, interessadas em isolar seus caprichos, egoisticamente professam apoio à democracia e ao programa de desenvolvimento. Utilizando como parâmetro o argumento do "seguro político" das elites políticas, a nomeação de um magistrado jovem, supostamente alinhado à ideologia do mandatário que o indicou, tem a pretensão de gerar um posicionamento político-jurídico o mais perene quanto possível na Corte Constitucional. Se, de fato, isso ocorrerá, e tem-se demonstrado que há grandes chances de descolamento entre o ministro do STF e o nomeante ao longo da história, é algo a ser demonstrado empiricamente. Portanto, o que se demonstra é uma tendência e não uma regra autoaplicável a todos os casos desta natureza. Cf. HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, p. 71-108, 2004.

Um exemplo concreto de postergação ocorreu em 2005, embora sem características de efetivo embate de poderes, apesar desta possibilidade à época, como já acarreado acima, e que propiciou efeitos sobre o momento em que o Presidente da República escolheria os próximos Ministros do STF. O senador Pedro Simon (MDB-RS) apresentou a Proposta de Emenda à Constituição 42/2003 – PEC da Bengala, que se transformou na Emenda Constitucional 88/2015.

Esta Emenda alterou a redação do art. 40, §1º, inciso II, da Constituição para afirmar que os servidores públicos seriam aposentados compulsoriamente aos setenta anos de idade, ou aos setenta e cinco anos de idade, na forma de lei complementar. Entretanto, no caso dos Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, esta idade passou a valer imediatamente, por inclusão do art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988.

O resultado imediato foi a postergação da aposentadoria dos Ministros Celso de Mello e de Marco Aurélio, os quais se aposentariam na legislatura de 2015-2018. Com a extensão da idade máxima, serão aposentados na legislatura de 2019-2022, de modo que caberá ao presidente subsequente a escolha de novos nomes para as duas vagas a ministro do STF.

Por estas razões, neste particular, a vitaliciedade, embora explicita uma garantia constitucional do magistrado, no caso do ministro do STF, adquirida desde a posse, pode representar um obstáculo para a legitimidade democrática da Corte Constitucional, sobretudo, pela desigual e inicial, já nem sempre refletida, vocação político ideológica pretendida.

Diego Werneck sugere o acatamento de mandatos de onze ou vinte e dois anos. Nessa linha, cada Presidente da República poderia nomear, respectivamente, um nome por ano, ou um a cada dois anos⁶³. Desta concepção, podemos aferir que se os mandatos fossem de onze anos, cada mandato do Presidente poderia nomear quatro ministros e, conseqüentemente, em três legislaturas, os nomes indicados por este Presidente não mais comporiam o STF. No segundo caso, garante-se a cada mandato do Presidente, a nomeação de dois ministros do STF, de modo que em menos de seis legislaturas, estes membros não mais estariam na composição do Tribunal.

Por esta sugestão de Diego Werneck, distribui-se a influência de mandatários de diferentes períodos eletivos sobre o arranjo da Corte. Além disso, garante-se que cada qual nomeie a mesma quantidade de membros para o tribunal e acelere-se a renovação para que seja mais fielmente expressa a visão dos cidadãos sobre as matérias relevantes do país e que, portanto, devem ser pautadas com o fito de integrarem a agenda política nacional.

Esta elaboração não é pioneira na operação da doutrina constitucional, sobretudo, consideradas as experiências de direito comparado. A despeito da

63 WERNECK, Diego. In: Mariana Schreiber, Em 5 pontos: o que poderia mudar no processo de nomeação de ministros do STF? **BBC Brasil**. Brasília, 6 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38885153>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

matriz norte-americana adotada, nesse âmbito, pelo direito constitucional brasileiro, diversas Cortes Constitucionais européias adotam novos mecanismos de legitimação democrática, dentre os quais, os mandatos. Citem-se diversos países europeus que adotam a sistemática, como Portugal, Itália, França, Espanha, Hungria e Alemanha. Neste último, o Tribunal Constitucional Federal, os ministros são titulares de mandato conferido por eleição congressual para um prazo máximo de doze anos.

Não se deve analisar a possibilidade de adoção de mandato aos Ministros do STF como mecanismo estanque e intrinsecamente positivo. A vitaliciedade não possui cariz antirrepublicano. Antes de mais, está associada à histórica imprescindibilidade de conferir a independência necessária ao servidor público, seja diante da opinião pública ou do arbítrio estatal tendente a eventualmente alterar, para fins de dissimulação, as regras do jogo.

Portanto, louvável o papel histórico e pedagógico da vitaliciedade, durante a vigência de regimes autoritários, como o Estado Novo, de 1937 a 1945, e do regime militar, de 1964 a 1985. Soma-se a ela a garantia da independência funcional, que não importa apenas ao servidor público, mas ao próprio cidadão, que possui o direito de obter um resultado do trabalho dos servidores, independentemente de pressões políticas.

Conquanto, num primeiro momento, pareçam ceifar as condicionantes das garantias da vitaliciedade e independência, os mandatos não impedem o exercício livre e desembaraçado das funções, mas apenas submetem-no a um interstício temporal razoável. Não há ingenuidade em reconhecer que adotar novos caminhos suscita o enfrentamento de novas disfuncionalidades, as quais podem ou não se realizar nos casos concretos.

A primeira anomalia pode ser o uso do mandato no Supremo Tribunal Federal como mecanismo de arregimentar apoio político e social à consecução de outras vantagens pessoais. Não se trata apenas da probabilidade de uso do STF, pelo ministro, como palanque político, mas de construção de teses e disseminação de posicionamentos que abrem caminhos, dificilmente transitáveis fora do cenário colegiado do STF, para obter finalidades pessoais.

A construção de agenda e pautas cada vez mais associadas à discussão de temas políticos, sociais e econômicos relevantes, pela dimensão ampliada do papel do STF como Corte Constitucional, além de julgamentos de grande repercussão nacional, associados a grandes escândalos de corrupção, e o advento da TV Justiça, por si sós, tornam o Supremo Tribunal Federal um espaço de visibilidade incomum no cenário nacional.

Evidentemente que este é um sintoma da crise de representatividade e do descrédito de outros poderes, que legaram ao caminho jurídico muito do vetor participativo. Mas pode haver a exacerbação do uso político do STF, o que já é inevitável mesmo no caso de membros vitalícios. Mesmo membros vitalícios podem utilizar a influência e o capital político acumulado pela boa receptividade de suas decisões para angariar apoio para candidaturas a mandatos eletivos.

A segunda deformidade poderia ser a perda da rigidez ou perenidade da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal. A alteração frequente na composição da Corte Suprema poderia tecer o desvio mais célere da jurisprudência da Corte Constitucional. Não há uma relação de consequência necessária, visto que dependeria de uma análise combinatória caso a caso. No entanto, esta problemática seria mais evidente em momentos de tensões sobre resultados, com grande divisão do STF sobre temas polêmicos, em que a mudança de um ou outro voto pode ser capaz de alinhar maioria em sentido diverso.

Perfilado na anomalia acima, há uma terceira. A eventual efemeridade de posicionamentos sobre matérias polêmicas, suscetíveis de viradas a contento de uma composição específica, e o avanço mais célere da jurisprudência criam um cenário em que o uso progressista ou conservador da Corte Constitucional poderá ser mais maleável. Assim, do mesmo modo que poderia representar um benefício para a guinada progressista das matérias em debate, também poderia acelerar a conformação do cenário político conservador dos Poderes Executivo e Legislativo.

Estas mencionadas eventualidades do fim da vitaliciedade e adoção dos mandatos aos ministros do STF são possíveis, mas enfrentar o tema abre espaço para novas teorizações e que permitem mitigá-las ou eliminá-las. Um exemplo patente é a criação da quarentena jurídica, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que vedou a juiz aposentado exercer a advocacia no tribunal, do qual se afastou, pelo prazo de três anos.

É um avanço importante, no entanto, ainda não cobre mecanismos importantes, como uma quarentena política, que proibisse Ministros de disputarem eleição para cargo público após deixarem o cargo, nem a vedação de recondução ao cargo de Ministro do STF (havendo mandatos), para inviabilizar, respectivamente, o uso de influência e capital político do cargo para vantagem pessoal e a negociação política, para garantir a permanência no tribunal⁶⁴.

CONCLUSÃO

Em comum às diversas configurações de justiça constitucional estudadas, está sempre a composição da Suprema Corte dependente de um arranjo equilibrado entre legitimidade democrática, independência judicial e isenção dos membros. O modelo brasileiro é inspirado no exemplo norte-americano, baseado em uma Suprema Corte que dita a última palavra sobre a Constituição, que está situada no topo da estrutura organizacional e do poder do Judiciário e é integrada por magistrados investidos, após indicação do Presidente e sabatina pelo Senado, para o exercício vitalício de suas funções. O modo discricionário de escolha dos nomes, perpassando pela atuação dos Poderes Executivo e Legislativo garantem a legitimidade democrática procedimental.

64 A PEC nº 35/2015, de autoria do senador Lasier Martins (PSD-RS), que prevê um mandato de dez anos aos Ministros do STF e os proíbe de disputar eleições para cargo público nos cinco anos seguintes ao desligamento do cargo público. Dentre outras disposições, propõe a nomeação dos juizes do STF a partir de uma lista triplíce formulada pelos Presidentes de Tribunais Superiores e o Presidente da OAB, e a necessidade de comprovada atividade jurídica por, ao menos, quinze anos.

Entretanto, nem todos os sistemas funcionam da mesma maneira. Na Europa, há uma virada do eixo central da compreensão da legitimidade democrática da justiça constitucional. Esta é compreendida não apenas como a atuação conjunta de poderes na definição da composição das Cortes, mas também se apóia na investidura temporalmente limitada dos juízes e na seleção mais plural dos candidatos por mais órgãos de Estado. Portanto, o desenvolvimento do sistema europeu de jurisdição constitucional instaurou um modelo diferente de nomeação dos magistrados. Em regra, verifica-se a nomeação de juízes por autoridades distintas, sem monopólio exclusivo de indicação de uma delas, bem como é comum a presença de mandatos fixos. Não se descarta a importância do preenchimento de condições e requisitos objetivos e subjetivos mais detalhados para assunção ao cargo.

Por meio da análise de elementos da legitimidade democrática, constata-se que a influência dos diversos atores no processo de escolha dos membros das Cortes Constitucionais necessita ser aferida em pormenor, para constatar os desvios e dificuldades do envelhecido modelo brasileiro. O direito comparado e a doutrina jurídica oferecem elementos e medidas alternativas para conferir mais legitimidade ao processo de escolha dos ministros do STF e, sobretudo, identificar os entraves (sem prejuízo de novos ônus) com o objetivo de estimular o debate. A indeterminação temporal para escolha, a ausência de poder de veto aos ocupantes de cargos em comissão do governo em exercício, a elevada concentração do poder presidencial, as sabatinas protocolares, a opacidade e déficit de transparência, a insuficiência de critérios objetivos e indeterminação de requisitos para o cargo, a garantia da vitaliciedade e a garantia de mandatos: muitos são os desafios e possibilidades. Nenhuma destas deve ser teorizada sem identificar os efeitos prospectivos, sob pena de se modificar um sistema, sob pretexto de elevar a legitimidade democrática, mas sem efeitos concretos significativos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.
- ARAÚJO, Aline Laura Toscano de; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da Silva. A indicação de ministro do STF pelo Presidente da República e a subjetividade de seus critérios à luz do princípio da independência dos poderes. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa, v. 4, n. 2, p. 645-683, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais na democracia** (mimeografado).
- BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 117/2015**. Brasília-DF, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CASAGRANDE, Cássio. Sem Anthony Kennedy, Suprema Corte dos EUA deve seguir ainda mais à direita. **Jota**. Rio de Janeiro, 2 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/sem-anthony-kennedy-suprema-corte-dos-eua-deve-seguir-ainda-mais-a-direita-02072018>>. Acesso em: 10 set. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Degradação do Judiciário. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 08 mai. 2002. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0805200209.htm>>. Acesso em: 01 set. 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo; DALLARI, Adilson. Supremo Tribunal Federal: o processo de nomeação dos ministros. **Migalhas**. São Paulo, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI172816,71043-Supremo+Tribunal+Federal+o+processo+de+nomeacao+dos+ministros>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Os critérios de escolha dos ministros do STF e a indicação de Luis Roberto Barroso. **Migalhas**. São Paulo, 13 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI180400,101048-Os+critérios+de+escolha+dos+ministros+do+STF+e+a+indicacao+de+Luis>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

GÓIS, Fábio. CCJ do Senado aprova alteração no processo de escolha dos ministros do Supremo. **Congresso em Foco**. Brasília, 05 jul. 2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/ccj-do-senado-aprova-alteracao-no-processo-de-escolha-dos-ministros-do-supremo/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. A Insinceridade na Jurisdição Constitucional. **Revista da Ajuris**, v. 43, n. 140, p. 185-214, 2016. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/635>>.

HERNANDES, Raphael. Forma de nomeação ao STF é tema de propostas; veja exemplos pelo mundo. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 23 fev. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1861319-forma-de-nomeacao-ao-stf-e-tema-de-propostas-veja-exemplos-pelo-mundo.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, p. 71-108, 2004.

HULSE, Carl. Lesson From a Failed Nomination, for Both Brett Kavanaugh and the Senate. **The New York Times**. New York, 21 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/07/21/us/politics/ryan-bounds-nomination-senate.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. **Economics Analysis of Law Review**, v.2, n. 1, p. 170-187, 2011.

LLANOS, Mariana; LEMOS, Leany. Presidential Preferences? The Supreme Federal Tribunal Nominations in Democratic Brazil. **Latin American Politics and Society**, v. 55, n. 2, p. 77-105, 2013.

LUZ, Eduardo Silva; PAES, José Eduardo Sabo. A participação da sociedade civil na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, v.12, n. 2, p. 257-280, 2017.

MELLO, Patricia Perrone Campos. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autocontenção, expansão e ambivalência. In: Luís Roberto Barroso e Patricia Perrone Campos Mello, **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ, 2018.

MELO, André Luis. Presidente apenas nomeia ministros do Supremo. **Conjur – Consultor Jurídico**. São Paulo, 7 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-07/presidente-republica-apenas-nomeia-ministros-supremo>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado. **Revista Direito Público**, IDP, Brasília, v. 1, n. 25, p. 68- 78, jan-fev, 2009.

PAES, Taíse 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. 2011. 78 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2011.

PEGORARO, Joana Cristina. **A política na Corte**: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. 2006. 106p. Dissertação (Mestrado), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

PIRES, Thiago Magalhães. Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina). In: Rodrigo Brandão, **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**, Editora Jus Podium, 2017, p. 33-42.

PRAÇA, Sérgio. O processo de escolha dos ministros do STF tem que mudar? **Revista Exame**. São Paulo, 22 jun. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/sergio-praca/o-processo-de-escolha-dos-ministros-do-stf-tem-que-mudar/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SANTOS, André Marenco dos; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1829-2006). **Revista de Sociologia e Política**. [online]. 2008, vol 16, n. 30, p. 131-149.

SCHREIBER, Mariana. Em 5 pontos: o que poderia mudar no processo de nomeação de ministros do STF? **BBC Brasil**. Brasília, 6 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38885153>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Composição atual**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em: 06 set. 2018.

TAVARES FILHO, Newton. Procedimento e Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado. **Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, p. 3-10, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Transparência na escolha dos novos ministros do STF**. Portal FGV. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/transparencia-escolha-novos-ministros-stf-artigo-oscar-vilhena-vieira>>. Acesso em: 06 set. 2018.

VIEIRA, José Ribas; COSTA, Pedro D'Angelo; DUARTE, Pedro Henrique Favilla; JORGE, Thiago Filippo Silva. O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do Poder Judiciário. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-23, 2002.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 115, New Haven, abr. 2006.