

A UTILIZAÇÃO DO STF COMO INSTRUMENTO DE MANOBRA POLÍTICA: A QUESTÃO DA NOMEAÇÃO DE MINISTROS ANALISADA À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Desirée C. Ferreira¹

USE OF THE SUPREME COURT (STF) AS AN INSTRUMENT MANEUVER: THE APPOINTMENT OF MINISTERS ANALYZED BY INSTITUTIONAL DIALOGUE THEORY

RESUMO: O trabalho analisa os elementos que diferenciam os sistemas de jurisdição constitucional forte e fraco, avaliando a compatibilidade com a teoria dos diálogos institucionais e rompendo com a noção de que a Corte Constitucional teria a última palavra em matéria constitucional. Para tanto, consideram-se os discursos de compreensão do Supremo Tribunal Federal como última ou principal instância guardiã da Constituição e a prática cotidiana do Tribunal, a fim de demonstrar a necessidade de abertura dialógica da interpretação constitucional como forma de manutenção de sua legitimidade e como exigência de uma democracia plural. A qualidade desses diálogos depende, porém, da qualidade das instituições e do nível de amadurecimento democrático da sociedade. É necessário que as instituições atuem de maneira livre e autônoma, evitando ingerências dos demais Poderes. Nesse sentido, discorrer-se-á acerca da possibilidade da atual forma de escolha dos membros da Suprema Corte brasileira comprometer a possibilidade de diálogo institucional efetivo.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Legitimidade. Diálogos Institucionais.

ABSTRACT: Starting from the analysis of the elements that differentiate a strong-form of judicial review from a weak-form, this paper evaluates its compatibility with the theory of institutional dialogues and breaks the notion that the Constitutional Court would have the final word in constitutional matter. For this, it is going to be considered speeches that argue the Supreme Court is the final or the main guardian of the Constitution and the quotidian practice of the Court in order to demonstrate the need of a dialogic opening of the constitutional interpretation as a way to maintain its legitimacy and as a requirement of a pluralistic democracy. The quality of these dialogues, however, depends on the quality of institutions and the society's democratic development. It is necessary that Institutions act freely and autonomously, avoiding interferences from other Powers. Based on that, it is going to be discussed the possibility of the current Brazilian Supreme Court nomination process undermine the possibility of effective institutional dialogue.

Keywords: Judicial Review. Legitimacy. Institutional Dialogues.

¹ Mestranda em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). E-mail: desireecavalcantef@gmail.com.



1 INTRODUÇÃO

No Brasil, não apenas ao Judiciário é dado o papel de controlar a constitucionalidade das leis, sendo identificadas formas de controle exercidas pelo Legislativo e pelo Executivo, tanto de forma preventiva, quanto de forma repressiva. Porém, frequentemente, imputa-se ao Judiciário, especialmente ao seu órgão de cúpula, o reconhecimento do papel de guardião da Constituição: aquele que, *supostamente*, teria a última palavra sobre a interpretação do texto constitucional.

Paralelamente, nas últimas décadas têm sido agravadas as discussões acerca da legitimidade democrática do Judiciário para se manifestar sobre matérias de cunho político e exercer o controle de constitucionalidade das leis. Termos como judicialização da política, politização da justiça e ativismo judicial foram incorporados aos discursos acadêmicos e institucionais, causando grande desconfiança a respeito da atuação do Judiciário, a qual, notoriamente, foi ampliada sob um discurso de efetivação dos direitos fundamentais.

As causas da mudança de postura institucional do Judiciário e a hipertrofia do seu campo de atuação têm sido amplamente discutidas, sendo identificados muitos fenômenos para essa mudança, ocorridos desde a segunda metade do século XX, como o reconhecimento da força normativa dos princípios; a internalização dos direitos humanos; e a constitucionalização de questões políticas, que passaram, por consequência, a integrar a agenda do Poder Judiciário. Outros fenômenos, que expressam distorções no sistema representativo, como a claudicância dos órgãos políticos, os casos reiterados de corrupção e a transferência do ônus de decisões sobre temas polêmicos – e eleitoralmente delicados – também explicam, de alguma forma, a ampliação da atuação do Judiciário. Ocorre que a mera identificação dos fatores que levaram à modificação do papel exercido pelo Judiciário

não é suficiente. A indiferença ao suporte teórico e institucional que legitima democraticamente a jurisdição constitucional demonstra ser um problema de grave repercussão, na medida em que dá azo à desqualificação constante das decisões tomadas pelo Judiciário e que repercutem em toda a sociedade.

Nesse cenário, questiona-se se existe, de fato, um elemento democrático que justifique e legitime a jurisdição constitucional forte, destacando-se que não se podem confundir as possíveis distorções da atuação jurisdicional com a ausência de legitimidade da jurisdição constitucional em si. Desse modo, analisando a legitimidade da jurisdição constitucional a partir do papel democrático de uma Corte Constitucional, considerando as necessidades sócio-políticas e o desenho institucional do Estado brasileiro, busca-se demonstrar a necessidade da abertura a diálogos institucionais para legitimar a atuação do Supremo Tribunal Federal, defendendo-se a impossibilidade de ser atribuído a um órgão o monopólio da “última palavra” em matéria constitucional.

Dividido em três partes, o artigo inicia com a análise dos elementos que caracterizariam uma jurisdição constitucional forte, buscando identificar o modelo de revisão constitucional brasileiro dentro dessa classificação. Em seguida, apresenta-se a teoria dos diálogos constitucionais como uma forma de legitimação da atuação da Corte Constitucional, mencionando-se os entraves ao diálogo provocados pela forma como atua o Supremo Tribunal Federal. Por fim, investiga-se se a forma atual de escolha dos membros da Suprema Corte brasileira compromete a possibilidade de um diálogo institucional efetivo, considerando a necessidade de ampliação dos espaços de discussão e indicação de nomes ao cargo; os exemplos históricos que apontam a utilização da Corte como instrumento de manobra política; e a impossibilidade de se admitir que o processo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal seja um arranjo de mera conveniência política.

2 A CARACTERIZAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FORTE

As discussões acerca da legitimidade da jurisdição constitucional passam pela análise de diferentes modelos estruturados nas experiências democráticas contemporâneas. Nesse contexto, encontra-se a divisão entre jurisdição constitucional forte e fraca e a superação da ideia de que o controle de constitucionalidade seria reduzido à mera anulação da lei pela ação judicial, de modo a dar destaque ao potencial diálogo entre o Legislativo e o Judiciário.

Para Tushnet (2008), a revisão constitucional forte (paradigma, por exemplo, dos Estados Unidos) se diferenciaria da fraca (paradigma, por exemplo, da Nova Zelândia e do Canadá) pela maior ou menor tensão entre a jurisdição constitucional e o autogoverno democrático. Na primeira, para superar a decisão da Corte, seria necessária uma emenda à Constituição ou uma mudança no entendimento do próprio Tribunal, o que demandaria, em geral, que os julgadores se aposentassem ou falecessem para serem substituídos por outros. Já no segundo, a ideia base é a de que existiriam mecanismos para que o povo se opusesse, fácil e rapidamente, às decisões que ele, razoavelmente, acreditasse que estivessem erradas.

Em resumo, “a forma forte de jurisdição constitucional é um sistema no qual a interpretação judicial da Constituição é final e impassível de revisão pelas maiorias legislativas ordinárias” (TUSHNET, 2008, p. 33), exigindo-se o quórum qualificado para emenda.

De tal modo, o que diferenciaria os dois modelos seria a facilidade (*longish run ou short run*) de rediscussão e superação legislativa da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade.

Sobre o tema, Silva (2009, p. 213) explica:

Modelos como o canadense e o inglês (após a entrada em vigor do Human Rights Act) são modelos fracos de controle de constitucionalidade. No caso canadense, porque o legislador pode, após uma decisão judicial de inconstitucionalidade, promulgar novamente a lei declarada inconstitucional e imuniza-la temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade (e

renovar, se quiser, essa “imunidade” a cada cinco anos). No caso inglês, as decisões de controle de constitucionalidade, instituído pelo Human Rights Act, de 1998, não vinculam totalmente o legislador, sendo apenas decisões de incompatibilidade, mas não de invalidade. Em ambos os casos, como se percebe, o legislador tem a possibilidade de reabrir o diálogo, se assim entender conveniente. Ou seja: ele pode aceitar a decisão do Judiciário, mas pode também superá-la. É essa possibilidade de superação que é chamada de “legislative override”.

Para o autor, segundo esse critério de possibilidade de maior ou menor diálogo, o modelo brasileiro seria caracterizado como “ultraforte”, pois “além de reunir as características típicas dos modelos fortes, o Brasil tem uma constituição com um amplo rol de dispositivos imodificáveis, as chamadas ‘cláusulas pétreas’”.

Convém destacar, porém, que a decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, mesmo concentrado, no Brasil, não vincula o Poder Legislativo. De tal modo, se é correto que existem vários limites à superação da decisão do Tribunal, não é certo que ela só poderia ocorrer por meio de emenda à Constituição em todos os casos. Discorda-se, portanto, de que o modelo brasileiro de jurisdição constitucional seja, no sentido expresso anteriormente, exclusivamente forte. Visualizam-se elementos de ambos os modelos, pelo que a crítica de Sinnott-Armstrong (2003) - segundo a qual é possível visualizar um terceiro tipo de sistema de jurisdição de constitucional que combina o forte e o fraco (sistema “combo”) – demonstra-se acertada, ainda que se tenha certa predominância das características de um dos sistemas (no caso brasileiro, o forte).

Seguindo em sua crítica, Tushnet (2008, p. 34) destaca como elemento central do caráter antidemocrático da revisão judicial forte a diminuição do espaço de diálogo essencial para a expressão da soberania popular. Sinnott-Armstrong (2003, p. 84-87), no entanto, destaca que ambos os modelos permitem que haja diálogos entre o Tribunal e o órgão Legislativo, mesmo que eles se deem de forma diferente. Ademais, ainda que o Parlamento não se contraponha sempre à decisão do Tribunal, é aberta a possibilidade que ele o faça, mesmo no sistema forte. Do mesmo modo, a facilidade de que o Legislativo

supere a decisão judicial no modelo fraco não representa, necessariamente, um ganho dialógico, pois a recusa do legislador em considerar a decisão do Tribunal que declara a violação da Constituição, por si só, não pode ser considerada um diálogo, sendo muito mais uma mera disputa de poder.

Essa disputa de poder - inerente a qualquer modelo de revisão constitucional - é que o leva a criticar a tentativa de se estabelecer a democraticidade da jurisdição constitucional por meio da existência de diálogos. Para ele, na verdade, o Legislativo sempre terá a palavra final na interpretação da Constituição, mesmo no modelo de jurisdição constitucional forte.

Silva (2009, p. 213), por sua vez, ressaltando o ganho democrático do diálogo, defende que a ideia de que última palavra possa ser dada pelo legislador não diminui o ganho deliberativo do controle realizado pelo Judiciário, considerando que “decidir em única e última instância (soberania parlamentar) é muito diferente de decidir após o pronunciamento de um tribunal em um determinado sentido (contrário às intenções do legislador)”.

Destaca-se, assim, o ônus deliberativo que o Parlamento assume para superar a decisão do Tribunal, havendo uma diminuição na velocidade do debate político e dificultando decisões tomadas em meio a momentos de crises circunstanciais. Ademais, o autor destaca que, mesmo em experiências de jurisdição constitucional fraca, como a canadense, poucas foram as vezes em que o Legislativo esteve disposto a arcar com o ônus político de superar a decisão da Corte Constitucional, exatamente em razão do peso de se opor a uma decisão que declarou a inconstitucionalidade de determinado ato. Por fim, ressalta o caráter de permanente abertura ao diálogo institucional, que, fora do ponto de vista jurídico-formal, não se encerra, havendo sempre a possibilidade de novos argumentos serem apresentados pelo legislador, pelos tribunais ou pela sociedade civil.

O fato de, em alguns países, como nos Estados Unidos, haver grande dificuldade de se alterar a Constituição e, conseqüentemente, de responder rapidamente à decisão da

Corte, não representa, para Sinnott-Armstrong (2003, p. 387), uma falha democrática no modelo de *judicial review* americano, mas – se for um problema – da cultura constitucional que reluta a aprovação de emendas constitucionais, ou seja, uma questão de dificuldade de mudança no texto constitucional pela via legislativa e não uma questão de revisão judicial. Nesses termos, o que daria maior poder ao Legislativo seria a facilidade em se aprovar emendas à Constituição e não a diminuição do poder da Corte Constitucional, de modo que, para ele, esse deveria ser o sentido da crítica de Tushnet.

Seguindo uma perspectiva consequencialista, Sinnott-Armstrong (2003, p. 390) defende que o que determina o caráter democrático de uma jurisdição constitucional é a capacidade de gerar maior bem-estar geral, inclusive para as minorias, e não apenas os efeitos sobre ao autogoverno popular. Acrescenta, ainda, que o fato de o legislador não conseguir manter o teor normativo de seu interesse não é, necessariamente, antidemocrático, pois “a democracia é impossível se exige que as legislaturas sempre consigam o que querem”.

Em outros termos, se a revisão constitucional forte representa um prejuízo ao autogoverno e à democracia - por possibilitar a superação da expressão da vontade majoritária (momentânea) - então não é possível, igualmente, justificar o fato de as atuais gerações serem governadas por quaisquer normas editadas por gerações anteriores. Na realidade, a escolha passada por uma jurisdição constitucional forte, democraticamente realizada, legitimaria as limitações e revisões à atividade legislativa do presente e representaria, inclusive, segurança jurídica para conter as modificações legislativas acerca de decisões proferidas pela Corte Constitucional, quando os espaços de disputas políticas não estivessem sendo suficientemente confiáveis.

Faz-se uma ressalva, porém, a esse posicionamento, pois ele demonstra o alinhamento com teorias segundo as quais o Judiciário teria menor propensão a erros na interpretação constitucional, em razão da tecnicidade de suas decisões, dos procedimentos e da ausência de pressão eleitoral, o que levaria as pessoas a optarem por

um sistema forte de jurisdição constitucional. Entretanto, essa defesa não é isenta de críticas. Na realidade, conferir ao Judiciário a capacidade exclusiva de produzir decisões “justas e racionais” é dar ônus e destaque excessivo à Corte Constitucional, desestabilizando os desenhos institucionais.

Analisando a atuação do Supremo Tribunal Federal, cujos ministros têm demonstrado, em votos ou em circunstâncias extraprocessuais, uma autocompreensão da Corte como “a” guardiã da Constituição ou “a” detentora da última palavra, Benvindo (2014) destaca que esse discurso se ampara na ideia de “racionalidade técnica” do Judiciário, em detrimento das decisões tomadas no Congresso Nacional, que é visto como espaço operado de forma irracional, com base no estrito interesse pessoal ou mesquinho. Passa que essa defesa não é sustentável na atuação prática da Corte, onde são identificadas diversas formas de sincretismos metodológicos e ignorada a própria limitação da racionalidade jurídica, que não pode ser reduzida a um método (como a proporcionalidade) ou relevar a historicidade. Nesses termos, como “a própria construção argumentativa de algum Poder ‘detentor da última palavra’ é, por si só, uma afirmação que aparece como discurso por mais poder” (BENVINDO, 2014, p. 81).

Em uma sociedade governada pela ideia de cidadania, identificar um único órgão para encerrar o debate acerca do conteúdo da Constituição é, não apenas, indesejável, mas paradoxal, na medida em que a tensão entre democracia e constitucionalismo é permanente e, por isso, devem-se manter abertos os canais de diálogo e aperfeiçoamento mútuo. Defende-se, portanto, que, mesmo numa estrutura de jurisdição constitucional forte, haja espaço para o diálogo entre instituições como forma de legitimação das decisões.

3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Os Tribunais Constitucionais, nos moldes instituídos na tradição europeia continental após a Segunda Guerra, buscam um funcionamento segundo uma lógica diversa da vigente no Parlamento, o qual é regido, em essência, pela regra majoritária. Para isso, nesses países, o Tribunal Constitucional se apresenta como um órgão autônomo, não interligado a nenhum dos três Poderes. Essa autonomia funcional, porém, apresenta alguns pontos sensíveis, especialmente no que se refere à forma de escolha dos seus membros, que, em geral, são indicados pelos poderes políticos, pondo em questão a efetiva autonomia desses Tribunais.

No Brasil, a jurisdição constitucional é exercida por um órgão do Poder Judiciário, o qual também tem competência recursal ordinária, razão pela qual há quem sequer o considere como um Tribunal ou Corte Constitucional. Não obstante, Peter Irons *apud* Branco (2011) defende a atuação judicial como uma arma para proteger os membros das minorias da tirania da maioria, vez que “os corpos legislativos, em todos os níveis de governo, não são efetivamente representativos na sua composição, são não-democráticos na operação e são descompromissados com direitos básicos”. Na mesma linha, analisando a obra de Tocqueville (1805-1859), Cademartori (2008) assinala que aquele autor antecipava o temor acerca da “tirania da maioria” e o perigo de concentração de poder político no legislativo, defendendo que “são necessárias estruturas jurídicas que impeçam o dogma da soberania do povo e obstaculizem a tirania da maioria”.

Tem-se, desse modo, defendida a função do Judiciário de proteger as minorias e garantir-lhes participação política, social e econômica, não sendo possível reduzir o seu papel a um menos atuante do que o construído pelo próprio sistema normativo, pois, tão danosa quanto a inatividade das esferas políticas de poder, é a existência de um Judiciário fraco e incapaz de exercer seu papel de controle.

Destaque-se, porém, as conclusões de Costa e Benvindo (2014) desfavoráveis à hipótese de que a ampliação do rol dos legitimados para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade teria contribuído para uma maior proteção dos direitos fundamentais, inclusive de minorias. Constatou-se que a Corte brasileira “realiza basicamente um controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados”, pois “nas poucas decisões em que o STF anula normas com base na aplicação dos direitos fundamentais, existe uma preponderância de interesses corporativos”, o que enfraquece, de certo modo, o discurso de alargamento das competências do STF em prol da concretização de direitos fundamentais de minorias.

Por outro lado, destaque-se o defendido por Streck (2014, p. 98), segundo o qual “é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional”. Deve existir, no Judiciário, uma lógica de atuação diversa da regra majoritária predominante nos demais Poderes, nos moldes do sistema constitucional vigente. Por outro lado, reconhece-se que, a despeito do teor que venha a ter, uma decisão judicial somente pode ser considerada democraticamente legitimada caso siga os procedimentos previamente estabelecidos e seja proferida com transparência suficiente que lhe permita o controle interno e externo, o que significa, inclusive, o cumprimento do dever de fundamentação adequada das decisões, após efetiva deliberação, e o respeito às decisões do Parlamento.

Nesse sentido, Waldron (2004, p. 73-74), acreditando que a regra da maioria é o procedimento aceitável para solucionar a questão dos desacordos – marca central de uma sociedade pluralista -, defende uma noção de democracia procedimental, recusando avaliações de cunho substancial acerca das decisões. Para ele, se é o desacordo que marca as decisões mais sensíveis que afetam a sociedade, não existe razão que justifique avaliar a correção de uma decisão com base em seu conteúdo; um problema que afeta a várias

peças só pode ser legitimamente resolvido por meio da adoção de um procedimento de decisão respeitosa, que pressupõe que todas as peças envolvidas sejam capazes de serem ouvidas.

Para ele, uma defesa séria da democracia é incompatível com a instauração de procedimentos de controle das decisões fora do parlamento, local onde os desacordos são resolvidos de forma legítima, vez que se possibilita o respeito e a consideração devida a todos os indivíduos e a todas as opiniões. Opõe-se, portanto, à legitimidade de um controle jurídico de constitucionalidade. Somente em situações em que não se vislumbra a existência de instituições democráticas funcionais, como em culturas políticas corruptas ou em situações de exceção e flagrante afronta a direitos, como o caso de discriminação generalizada, seria admissível a existência de um *judicial review* (2006).

Não é tão claro, porém, que a decisão majoritária seja o único procedimento adequado para respeitar todas as peças em qualquer situação. Streck (2014, p. 100), criticando teorias procedimentalistas (especificamente a habermasiana), ressalta que elas, em geral, coadunam com a ideia de desjuridificação, que, nos países periféricos, “não amplia o espaço da cidadania, uma vez que, enquanto a Constituição não é concretizada, não há nem um espaço de cidadania”.

Diante de perspectivas tão conflitantes, demonstram-se inconclusivas, as tentativas de justificação da legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais tanto pelo viés estritamente procedimental, quanto substancial, isso porque se pretende construir a legitimidade em favor ora da supremacia do parlamento ora em favor da jurisdição constitucional, como duas realidades concorrentes e apartadas. Tem-se, com isso, o que Mendes (2008) denomina de “encruzilhada da separação de poderes e as teorias da última palavra”. Discute-se quem poderia “errar por último” ou “dar a última palavra sobre o que é a Constituição”. Surgem disso acepções perigosas, como a de que “a Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que é”, como se fosse possível uma construção de sentido

completamente dissociada da história institucional e dos valores políticos e morais eleitos pela sociedade e como se o Tribunal fosse o único intérprete e guardião da Constituição.

Buscando uma alternativa a essa concepção, defende-se que a última palavra na democracia não existe, de modo que há sempre a possibilidade de um novo argumento ser apresentado e prevalecer sobre o anterior. Conforme defendido por Mendes (2008, p. 2014), “na separação de poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico”. O autor considera a possibilidade de o legislador sempre reagir à decisão da Corte e dar continuidade ao embate deliberativo, inclusive no modelo brasileiro de jurisdição constitucional.

Ainda que haja embate entre os Poderes, ele é qualificado pelo ônus argumentativo, o que proporciona uma demanda mais densa de legitimidade, não sendo suficiente avaliar o procedimento adotado ou o órgão do qual emanou. As decisões, na realidade, são tomadas a partir de um debate mais profundo e eficaz, sendo essa comunicação e mútua contribuição que legitima a tomada de decisões, tanto do Parlamento quanto da jurisdição constitucional. Desse modo, a jurisdição constitucional não usurpa uma competência política ou enfraquece os demais Poderes. Ao contrário, ela possibilita a ampliação dos espaços de discussão, mesmo porque, conforme mencionado, para que haja superação legítima da decisão da Corte, o Legislativo assume um ônus discursivo muito maior.

A partir dessa ideia de diálogo institucional, não se pode atribuir à existência de uma jurisdição constitucional forte a crise de representatividade das instâncias políticas. Tampouco há correlação direta entre a jurisdição constitucional e a supremacia judicial, sendo esta, na verdade, uma demonstração de distorção institucional.

Nesse sentido, Victor (2013, p. 186) destaca:

O trabalho permite que se tire algumas conclusões esperançosas: o diálogo já é fato, mas precisa ser compreendido; o Supremo Tribunal Federal não invade competências do Congresso Nacional; o Sistema Político não dá nem um sinal de que os diálogos entre esses órgãos possam ser intermináveis e geradores de insegurança; o estado de direito ganhará em qualidade e clareza das normas

produzidas a partir do diálogo; essas novas leis gozarão também de maior estabilidade, pois resultarão de um consenso mais amplo, que envolverá o judiciário; a participação do congresso aumentará o nível de democracia na interpretação da constituição; e, por fim, o diálogo gera *accountability*, algo escasso em nosso sistema político.

Seguindo na análise do caso brasileiro, acredita-se que o modelo de jurisdição constitucional escolhido pelo constituinte tem potencial efetivo de preservação e efetivação de direitos, não representando, por si só, uma ameaça ou uma força que desestabiliza a separação dos poderes. Verifica-se a existência de meios de diálogos institucionais que tornam equivocadas as assertivas segundo as quais o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra em matéria constitucional, bem como a existência de meios de controle interno e externo das decisões.

Benvindo (2014, p. 73) destaca que “harmonia, diálogo institucional são palavras mágicas, ressoam com uma beleza sonora que convence, persuade, acalma os ânimos”. Para ele, é necessário que se revele que, muitas vezes, há menos diálogo e mais conflito entre as instituições, numa constante luta por poder, de tal modo que se atente para as tentativas de naturalização de um discurso que confere a um dos Poderes, notadamente ao Judiciário, maior credibilidade para decidir por último ou por decidir de forma pretensamente mais racional. O exercício da cidadania é, por natureza, dialógico e inclusivo. “É nesse aprendizado com o Outro, no diálogo com o Outro, na inclusão do Outro que se faz o constitucionalismo e se afirma a democracia. Não é o monólogo de cima, não são os acordos político-estratégicos que o moldam” (BENVINDO, 2014, p. 92).

Afirmar a existência e a necessidade de aceitação dos diálogos chama atenção para o funcionamento dos órgãos, na medida em que se faz necessária a devida autonomia das instituições e a prática deliberativa qualificada. Nesse contexto, convém mencionar a crítica de Silva (2009, p. 218) ao modo como se tomam as decisões na Suprema Corte brasileira, em que há praticamente ausência de trocas de argumentos entre os julgadores, vez que, nos casos relevantes, normalmente os ministros já levam os seus votos prontos

para sessão de julgamento; inexistência de unidade institucional decisória, isto é, as decisões se resumem à mera soma dos votos individuais dos ministros; e carência de decisões claras que apontem o entendimento do Tribunal e não “colagens” de decisões singulares.

Para o autor, a deficiência na deliberação interna do Tribunal dificulta o diálogo com as outras instâncias de poder, na medida em que, muitas vezes, é difícil afirmar qual é o posicionamento do Tribunal enquanto instituição. Nesse sentido, ele afirma o caráter “ultraforte” do modelo brasileiro em que o diálogo institucional é comprometido pela própria forma de atuação da Corte.

A necessidade de aperfeiçoamento do modelo de jurisdição constitucional brasileiro, no entanto, não invalida a constatação de que um sistema de constitucionalidade forte não corresponde à atribuição da última palavra à Corte Constitucional, ainda que se identifique a exigência de maioria qualificada para a continuidade do diálogo. A questão que se põe, porém, é a verificação da efetiva realização desses diálogos e o modo como têm se dado na prática institucional brasileira, razão pela qual se passa à análise dos riscos de comprometimento da livre atuação da Suprema Corte brasileira em virtude da forma de escolha dos ministros atualmente utilizada.

4 A QUESTÃO DA NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão relativa à forma de nomeação dos ministros que devem compor o Supremo Tribunal Federal não é nova, tampouco as demonstrações diretas de utilização dessa competência conferida ao Chefe do Executivo Federal, com a aprovação do Senado Federal, como forma de as esferas políticas de poder ampliarem os espaços de sua influência.

Em momento de conturbação política, não raramente, são ventilados os riscos de favorecimento indevido dos réus em processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal,

especialmente quando a composição atual da Corte é formada por ministros quase que exclusivamente nomeados por presidentes do Partido Político que detém a chefia do executivo federal. Esses questionamentos se verificam não apenas em processos de natureza penal, mas também quando o Judiciário age após ser provocado sobre questões que, originariamente, deveriam ser resolvidas nas instâncias políticas de poder, mas que, muitas vezes, por razões de cautela eleitoral, evita-se debater no espaço público do Congresso Nacional.

Não obstante o resultado dos julgamentos, não são irrelevantes as suspeitas acerca da legitimidade e da probidade com que atua o órgão de cúpula do Judiciário. Não é democraticamente desejável que as decisões judiciais recaiam em descrédito, tendo em vista o papel de central importância na arquitetura constitucional assumido pelo Judiciário, inclusive no que diz respeito à guarda da Constituição. Ciente de tal importância, chama-se a atenção para as controvérsias acerca da postura adotada pelos representantes envolvidos nos processos de escolha e nomeação dos ministros, no que diz respeito não apenas ao longo período para a indicação de um nome, mas, especialmente, para as demonstrações públicas da preocupação na escolha de um nome que atenda a interesses partidários e políticos.

A verificação histórica da estruturação institucional do Supremo Tribunal Federal dá provas do risco de utilização da Corte como instrumento de manobra política ou demonstração da superioridade das esferas políticas de poder.

A Constituição Federal de 1891 criou o denominado Supremo Tribunal Federal, composto por quinze juízes nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, dentre os cidadãos com notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Baleeiro (1968, p. 24) descreve o dilema vivenciado após a tentativa de Golpe de Estado do Presidente Deodoro da Fonseca, seguida do governo de Floriano Peixoto, momento de instabilidade política e social, quando “pouco mais de um ano depois de instalado o Supremo Tribunal Federal, já se achava renovado na quase metade” em razão

das dificuldades para serem efetivadas as funções do Tribunal diante das constantes ameaças de dissolução ou de processos de responsabilidade contra os juízes contrários aos atos praticados pelo Poder Executivo.

O autor cita frase atribuída a Floriano Peixoto, que dizia: “êles concedam a ordem, mas depois procurem saber quem dará *habeas corpus* aos ministros do Supremo Tribunal Federal”, evidenciando-se, assim, o desrespeito à missão constitucional da Suprema Corte brasileira, a qual, durante anos, foi coagida a se filiar aos interesses políticos do Poder Executivo, em detrimento da sua função constitucional. Dando nova demonstração disso, Floriano Peixoto, usando o argumento de que a Constituição fazia menção apenas à necessidade de “notável saber e reputação”, nomeou para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal o médico Barata Ribeiro e mais dois generais (os quais foram desaprovados pelo Senado), além de, aproveitando-se da necessidade formal de que a posse dos ministros ocorresse em sua presença, ter adiado a realização do ato, deixando de prover sete vagas no Supremo Tribunal Federal e praticamente impossibilitando o seu funcionamento (BALEIRO, 1968, p. 24-25).

Rodrigues (2002), por sua vez, menciona que, durante o período do primeiro Governo de Getúlio Vargas (1930-1945), em diversas ocasiões, o funcionamento do Supremo Tribunal Federal foi posto em risco em razão de atos normativos que, repentinamente, geravam a aposentadoria compulsória de diversos ministros.

Igualmente, Vale (1976) cita que, após o início do Governo dos Militares, surgiram vários conflitos entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Executivo Federal, referentes tanto à legalidade dos atos praticados pelo Governo, quanto à competência da Suprema Corte para julgar casos que os militares estavam direcionando para a Justiça Militar. Em razão desses conflitos, foi editado o Ato Institucional nº 2, em 27 de outubro de 1965, que alterou a estrutura e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, chegando a aumentar o número de ministros de onze para dezesseis, acréscimo que foi mantido pela Constituição de 1967.

O governo militar chegou ao seu estágio mais crítico com a edição dos Atos Institucionais nº 5 e 6, por meio dos quais foram alteradas as normas vigentes, de modo a relegar o Supremo Tribunal Federal à condição de mero expectador dos acontecimentos políticos do País, além de passar a serem aplicados dispositivos punitivos do AI nº 5 contra alguns ministros.

A preocupação histórica acerca da liberdade de atuação do Supremo Tribunal Federal é, portanto, uma questão que deve ser tratada com a merecida cautela. Verifica-se que, de fato, sem a atuação maximamente livre da Suprema Corte há um comprometimento na qualidade e na autenticidade dos diálogos institucionais, que servem como suporte democrático da atuação forte do Poder Judiciário, uma vez que se tem o risco constante de o julgamento proferido pela Corte sofrer indevida influência política.

Não é que se desconsidere que o risco de ingerência política pudesse ocorrer mesmo se os ministros do Supremo Tribunal federal fossem, por exemplo, nomeados e empossados após concurso público. As dificuldades para a célere nomeação para o cargo não seria superada, uma vez que seria necessário, ainda, o ato de provimento dos cargos do Chefe do Executivo. Seria amenizada, porém, a pessoalidade das nomeações, isto é, não seriam verificadas as excessivas e injustificáveis cautelas para a escolha de um nome que atenda a determinados interesses políticos.

A experiência internacional aponta outras formas de nomeação que, se não são isentas de críticas, possibilitam um aperfeiçoamento do processo de escolha brasileiro. Silva (2009, p. 206-207), destacando as características que aproximam o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade do modelo norte-americano, destaca, dentre vários fatores, a forma de nomeação dos integrantes da Corte Constitucional, que no modelo continental-europeu exige grandes maiorias parlamentares, fomentando um consenso entre as forças políticas, enquanto no modelo norte-americano, se dá pela nomeação pelo Presidente, com aprovação por maioria simples no Senado, ficando os juízes costumeiramente identificados com um partido ou presidente.

Outras diferenças na forma de nomeação na experiência de outros países são mencionadas por Tavares Filho (2006), que aponta duas características comuns no processo de escolha e indicação dos membros das Cortes Constitucionais: a designação por autoridades políticas - seja apenas pelo Governo; pelo Executivo mediante aprovação do Legislativo; por uma assembleia conjunta, com o rei ou o parlamento; por mais de uma assembleia; ou pelos Três Poderes - e critérios ligados às qualidades pessoais e profissionais dos nomeados.

O caráter político das nomeações é utilizado como uma forma de legitimar a atuação dos membros da Corte Constitucional, na medida em que aqueles que são submetidos ao controle concordam com a composição do órgão.

Favoreu *apud* Tavares Filho (2006, p. 10) observa que:

[...] a designação de juízes constitucionais por autoridades políticas, segundo motivação política, longe de constituir uma imperfeição dos sistemas de justiça constitucional, é, ao contrário, uma qualidade e mesmo uma necessidade: pois a legitimidade da justiça constitucional repousa em grande parte sobre essa técnica de designação, de tal modo que ela é hoje aceita de maneira geral.

Para ratificar a sua tese, o autor menciona que a Constituição da Grécia de 1975 estabeleceu um sistema de escolha para a Corte Especial de Controle baseado no sorteio entre magistrados e professores, o que não logrou êxito prático, uma vez que aquela jurisdição constitucional não obteve a legitimação democrática necessária para desenvolver sua missão integralmente.

Em que pese o exemplo apresentado, e mesmo que se admita que a nomeação dos componentes da Corte Constitucional pressupõe um elemento político, há de se dissociar esse elemento da indevida politização da corte ou utilização para fins políticos. Na realidade, se esse processo é, necessariamente, politizado, deve-se buscar a máxima ampliação dos espaços de discussão e indicação de nomes ao cargo, ante a impossibilidade de se admitir que o processo de escolha dos membros da Suprema Corte seja um arranjo de conveniência política, pondo em risco a autonomia do Tribunal. Numa sociedade plural,

o Tribunal Constitucional deve refletir essa diversidade. Para tanto, é necessário que haja uma periódica renovação da Corte e que os procedimentos de nomeação sejam capazes de produzir esse pluralismo.

No presente trabalho, não se intenciona propor um modelo acabado de reforma para a nomeação dos ministros da suprema corte brasileira, o que pressuporia, no mínimo, uma análise detida das inúmeras propostas de Emendas Constitucionais² sobre esse tema, mas demonstrar a imprescindibilidade de se reformular o modelo de nomeação, com a finalidade de garantir maior segurança e liberdade para a atuação da Corte, proporcionando efetiva independência, a partir da retirada no monopólio da nomeação pelo Presidente da República.

No Brasil, já se evidenciou que a aprovação do Senado já impediu a explícita exacerbação do poder pelo Presidente, demonstrando o ganho democrático que se tem a partir da desconcentração dessa competência e do alargamento dos espaços de discussão e nomeação. Há de se garantir a pluralidade do Supremo Tribunal Federal, a diminuição da influência partidária na Corte e, sobretudo, impossibilitar que, em certas situações, todos os membros estejam correlacionados ao Partido detentor do Poder Executivo Federal. Por fim, tanto quanto essa ampliação, revela-se a necessidade da renovação periódica dos membros da corte, pelo que se defende a limitação temporal dos mandatos, nos moldes comuns na tradição continental-europeia e em países da América Latina, como o Chile e a Colômbia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerada a complexa relação existente entre a democracia e jurisdição constitucional, busca-se um fundamento que justifique a atuação do órgão de controle constitucional, especialmente quando ele faz parte da estrutura do Poder Judiciário, como

² São exemplos a PEC n.º 92, de 1995; PEC n.º 68, de 2005; PEC n.º 71, de 1999; PEC n.º 473, de 2001; PEC n.º 546, de 2002; PEC n.º 566, de 2002; PEC n.º 569, de 2002; PEC n.º 378/2014.

é o caso do Supremo Tribunal Federal, sem que isso implique na depreciação dos demais Poderes.

Para tanto, rompe-se com as teorias da última palavra, desmistificando-se a predominância da interpretação do texto da Constituição realizada pelo Supremo Tribunal Federal e ressaltando a possibilidade de as demais instâncias de poder retomarem o diálogo e reagir à decisão da Corte, apresentando um novo argumento e dando continuidade ao embate deliberativo. Essa visão dialógica revela um ganho democrático, na medida em que é valorizada a deliberação entre os órgãos, aumentando a legitimidade das decisões, e se distancia da noção de predominância de algumas dos Poderes.

Para tanto, faz-se necessária a existência de Poderes efetivamente livres e que atuem com a independência necessária para que, de fato, seja realizado um embate deliberativo de qualidade. Nesse cenário, a possibilidade de haver ingerência política na atuação da Suprema Corte brasileira, em virtude da forma como se dá a nomeação dos seus integrantes, é preocupante, especialmente quando identificados exemplos históricos e atuais que dão demonstrações desses riscos.

Diante disso, visando pluralizar e democratizar a composição do Supremo Tribunal Federal, identifica-se a necessidade de alteração da forma de nomeação dos ministros, com o alargamento dos espaços de discussão e indicação dos nomes, que passaria a prestigiar a indicação dos outros Poderes e órgãos estatais e da própria sociedade, além da limitação temporal do mandato dos ministros.



REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BALEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história – o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014, 71-95.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Juspodivm, 2011.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A tirania das maiorias: Alexis de Tocqueville. In: CADEMARTORI, D. M. L.; GARCIA, Marcos Leite (Org). **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?** O descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. 2014. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-control-e.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo, 2008. **Tese (Doutorado)** – Universidade de São Paulo.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal.** Vol. IV. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, p. 197-227, 2009.

SINNOTT-AMSTRONG, Walter. Weak and Strong judicial review. Kluwer Academic Publishers. **Law and Philosophy**, v. 22, p. 381-392, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5. ed., rev., mod., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados.** 2006. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 14. abr. 2015.

TUSHNET, Mark V. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law.** New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. São Paulo, 2013. **Tese** (Doutorado) – Universidade de São Paulo.

WALDRON, Jeremy. The core of the case judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1360, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press Inc., 2004.

FERREIRA, Desirée Cavalcante. A utilização do STF como instrumento de manobra política: a questão da nomeação de ministros analisada à luz da teoria dos diálogos institucionais. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 3., n. 1, p. 194-215, jan./abr. 2016.

Recebido em: 06/04/2016

Aprovado em: 10/07/2016