

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS
E FILOSOFIA DO ESTADO**

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFES – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da democracia, direitos políticos e filosofia do estado [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-871-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Os trabalhos publicados nessa obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Teorias da Democracia, Direitos Políticos e Filosofia do Estado I, durante o XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 15 de novembro de 2019, no Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA - Campus Direito, na cidade de Belém/PA, sobre o tema “Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realizou-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidas que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1 – “PRESIDENCIALISMO E QUALIDADE DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA”, de autoria de Ana Tereza Duarte Lima de Barros. O estudo visou as Constituições latino-americanas, sendo constatado que estas dotaram os presidentes de fortes poderes legislativos, concluindo que o déficit democrático na América Latina não decorre puramente do presidencialismo, mas do tipo de presidencialismo adotado, que promove presidentes hiper fortes com permissão constitucional para atuarem ativamente na arena legislativa.

2 – “O QUE É ISSO TSE? RELEVÂNCIA JURÍDICA NO EXAME DA PROPORCIONALIDADE DA CASSAÇÃO DE MANDATO NAS REPRESENTAÇÕES DO ART. 30-A DA LEI N.º 9.504/97”, de autoria de Roney Carlos de Carvalho e Jéssica

Teles de Almeida. A pesquisa investigou os procedimentos de competência da Justiça Eleitoral que possuem como efeito a cassação de registro ou mandato, notadamente a representação prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, tendo por objetivo verificar a (in)existência de parâmetros para aferir a gravidade da conduta a fim de aplicar ou afastar sanção de negação ou cassação de diploma bem como a correção na aplicação da proporcionalidade.

3 – “DEMOCRATIZAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA DE 2009”, de autoria de Ricardo Silveira Castro e Thaiane Correa Cristovam. O estudo focou na análise das modificações promovidas pela Constituição boliviana de 2009 na forma de composição do Poder Judiciário, com o fim de democratizar esta estrutura do Estado historicamente marcada pelo elitismo. Abordou ainda, o movimento do novo constitucionalismo latino-americano do século XXI, demonstrando que a relação entre a jurisdição constitucional e a democracia sofreu impactante alteração de concepção. Por final, a partir da identificação das rupturas promovidas com os modelos empírico-primitivo e tecnoburocrático que nortearam os desenhos institucionais implementados no século XX, a pesquisa identificou as limitações das inovações emergentes da experiência constitucional boliviana.

4 – “POLÍTICA, ESTADO E DEMOCRACIA: COMO A ARGENTINA ALCANÇA A MADURIDADE INSTITUCIONAL SOB A LUZ DE PAULO FREIRE”, de autoria de Plínio Antônio Britto Gentil e Ana Paula Jorge. A pesquisa aproximou os princípios educacionais de Paulo Freire, com a maneira como a Argentina enfrenta o terrorismo de Estado, ante a sistemática violação de direitos humanos, patrocinada por sua mais recente ditadura. Concluindo, a partir de saberes da principiologia freireana, que considera toda educação uma ação política, que o povo e as instituições daquele país superaram uma fase de identificação com o opressor e de falta de crença em si mesmos, alcançando um estágio de amadurecimento que lhes possibilita processar e julgar criminalmente os violadores, promovendo dessa forma um reencontro do Estado com a nação, fato que revela maturidade institucional.

5 – “A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E SUA INFLUÊNCIA NA DEMOCRACIA”, de autoria de Valéria Aurelina da Silva Leite e Zildenir de Souza e Silva Roldão. O estudo verificou a situação da discriminação e a violência doméstica contra as mulheres, bem como a gravidade do problema a partir de relatórios descritivos da violência doméstica. Foi ainda verificada a situação da mulher desprotegida diante da violência doméstica. As autoras concluíram que no espaço protegido pelo silêncio da vítima, a

formação para a empatia e a capacidade de ouvir a voz do outro permitem a eficácia dos direitos onde a jurisdição tem dificuldade para chegar e estimula a participação da mulher na democracia.

6 – “OS PRINCÍPIOS ÉTICOS DA DIGNIDADE HUMANA À LUZ DA DEMOCRACIA ASSOCIATIVA DE RONALD DWORKIN”, de autoria de Yasmim Salgado Santa Brígida e Victor Sales Pinheiro. A pesquisa analisou em que medida a dignidade humana é uma exigência ética na democracia associativa, a partir da concepção de dignidade humana de Ronald Dworkin, baseando-se nos princípios morais do valor intrínseco da vida e da responsabilidade pessoal, inspirados na ética kantiana. Os autores relacionam os institutos morais com a organização política social, em relação ao governo e ao judiciário. Por final, concluíram ser imprescindível o fortalecimento da democracia associativa visando o respeito às exigências da dignidade humana como limite às ações do governo para a vida boa.

7 – “CIDADANIA, DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL”, de autoria de Lauren Lautenschlager Scalco e Tanise Zago Thomasi. O estudo apresentou a concepção da democracia no tempo e no espaço, desde suas origens, objetivando afirmar sua importância e atual existência no século XXI, partindo da sua gênese, adentra no sistema ateniense e romano, sequencialmente passa pelos desdobramentos, enfatizando as similitudes e diferenças do sistema moderno com o seu jogo de poder, cita a influência do autogoverno para examinar a realidade brasileira na construção da cidadania nacional. Por final, averigua os desafios da sociedade global. Os autores concluem pela crise democrática mundial, a qual desconsidera a realidade cosmopolita, e conseqüentemente, a necessidade de uma nova reconfiguração para a soberania popular.

8 – “A IGUALDADE POLÍTICA À LUZ DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN”, de autoria de Camyla Galeão de Azevedo e Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro. A pesquisa discutiu o conceito de igualdade política a partir da teoria de Ronald Dworkin, investigando o seu modelo de democracia substancial, de parceria ou de coparticipação que é crítico aos pressupostos de uma democracia formal estruturada no majoritarismo. As autoras demonstraram que no modelo de democracia de Dworkin, bem como o seu ideal de igualdade política, as pessoas governam a si mesmas cada qual como associado ou parceiro de pleno direito da vida coletiva, de tal maneira que as decisões de uma maioria são democráticas apenas se garantem direitos de minorias.

9 – “ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: UM ESTUDO SOBRE O VOTO DISTRITAL”, de autoria de Ester Oliveira Ferreira Aragão e Gerardo Clésio Maia Arruda. O trabalho explicita a importância do voto distrital para o aperfeiçoamento dos elementos

legitimadores da democracia republicana, bem como discute o Projeto de Emenda Constitucional - PEC 77/2003. Os autores contextualizam questões econômicas e políticas estruturais que obstaculizam a concretização dos direitos sociais positivados na Constituição de 1988, bem como apresentam elementos que contribuem para o fenômeno da descrença nos entes e nos agentes políticos. Por final, concluíram que o voto distrital é um instrumento capaz de melhorar a qualidade da democracia brasileira.

10 – “A LEGALIDADE ESTRITA E SUA APLICAÇÃO FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO JULGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS”, de autoria de Jose Ezequiel Albuquerque Bernardino e Carlos Marden Cabral Coutinho. No estudo, o autor bordou o uso indiscriminado dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nos julgamentos dos processos de prestações de contas dos candidatos eleitorais na seara da Justiça Eleitoral, em detrimento das regras estabelecidas na própria legislação eleitoral, o que fez a partir de dois acórdãos paradigmas: um da instância ordinária e outro do Tribunal Superior Eleitoral.

11 – “O PROJETO PARLAMENTO JOVEM DO TRE/PR: RELATO DE EXPERIÊNCIA DO MUNICÍPIO DE JACAREZINHO - PARANÁ”, de autoria de Paulo Roberto Braga Junior e Ana Paula Pavanini Navas. A pesquisa tratou do Projeto Parlamento Jovem, realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná em parceria com a Câmara Municipal do Município de Jacarezinho. Os autores mostraram a importância da participação política e democrática dos adolescentes em sua comunidade, por meio de ações educacionais, visitas guiadas, explanação de conceitos básicos sobre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O Projeto culmina na promoção de eleição de vereadores mirins/jovens, em processo eleitoral nas instituições de ensino, na qual ficou demonstrada a percepção dos alunos participantes quanto ao papel que lhes cabem em sua comunidade, enquanto inseridos na sociedade.

12 – “WALDRON CONTRA O JUDICIAL REVIEW EM DEFESA DO PONTO DE VISTA INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO”, de autoria de Ayrton Borges Machado. O trabalho expôs como a crítica de Waldron sobre a judicial review tem também uma crítica mais profunda sobre o constitucionalismo e seu caráter antidemocrático. O autor inicia com uma crítica de Waldron diretamente sobre a prática do judicial review, depois apresentou a defesa do judicial review por Waluchow, através de sua teoria da autenticidade. Por fim, trouxe as respostas de Waldron a Waluchow, bem como sua tese central: que a sua crítica vai além de uma demissão do judicial review, e alcança uma dimensão a respeito da relação entre constitucionalismo, democracia e Estado de Direito.

13 – “O ARGUMENTO DEMOCRÁTICO COMO CRITÉRIO PARA A ESCOLHA DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, de autoria de Lincoln Mattos Magalhães e Jânio Pereira da Cunha. O estudo discutiu o procedimento disciplinado no art. 101, parágrafo único, da Constituição de 1988, problematizando a liturgia normativa de recrutamento de Ministros do Supremo Tribunal Federal mediante indicação direta do Presidente da República e aprovação majoritária do Senado. O questionamento central foi a adequação do método de escolha atualmente previsto e sua compatibilidade material com as ideias de democracia, de representatividade e de legitimação do poder judiciário como instituição incumbida de exercer o controle de constitucionalidade em última ratio.

14 – “AS VOZES DA PRAÇA DA REPÚBLICA DE BELÉM/PARÁ”, de autoria de Helder Fadul Bitar. A pesquisa teve como objetivo demonstrar como a Praça da República se tornou um espaço referência do exercício da democracia participativa na cidade de Belém do Pará. Em conclusão, o autor, constatou que a Praça da República, resgatou os preceitos da democracia grega, onde a praça era o local de reunião e fala do povo, se tornou em Belém uma referência para manifestações e participação ativa da sociedade no exercício da democracia.

15 – “RELAÇÃO ENTRE MAX WEBER E A DEMOCRACIA”, de autoria de Vitor Hugo Duarte das Chagas. O trabalho fez uma análise da classificação que Max Weber realiza da modernidade e da democracia em si mesmos. Delineou a sociologia de Max Weber e seus conceitos essenciais, conceituou a modernidade em Max Weber, mostrando que a sociologia de Weber e a sua visão sobre a modernidade, conceituaram a democracia liberal. Por final, o autor, analisou a racionalização da democracia sob a perspectiva de Max Weber, nas duas formas apresentadas por ele, quais sejam, a democracia parlamentar e a democracia plebiscitária.

16 – “PARTICIPAÇÃO POPULAR E A (RE)DISCUSSÃO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO”, de autoria de Barbara Santos Rocha e Amanda Fernandes Leal. O estudo analisou a democracia no caso do referendo ocorrido no Brasil, no dia 23 de outubro de 2005, no qual a população foi consultada sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições no território nacional e a reversão do que ficou decidido no referendo pela falha na aplicação do resultado da votação repercutindo como uma afronta para a Democracia.

17 – “LIBERDADE DE EXPRESSÃO, ELEIÇÕES E AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA: PERSPECTIVAS A PARTIR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 548 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, de autoria de Miguel

Angelo Aranega Garcia e Valter Moura do Carmo. A pesquisa abordou a ideia de propaganda no período eleitoral, seus conflitos com o princípio da liberdade de expressão e a autonomia universitária. Bem como analisou a decisão proferida na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual discutiu-se a respeito da autonomia universitária neste contexto.

18 – “O AUMENTO DA POBREZA E A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: IMPACTO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA A PARTIR DE HABERMAS”, de autoria de José Marcos Miné Vanzella e Jéssica Therezinha do Carmo Carvalho. O artigo apresentado tratou, a partir do pensamento de Habermas, do aumento da miséria e da pobreza, provocado por política econômica neoliberal, a qual geraria maior desigualdade social, desrespeitando o princípio da dignidade humana e infringindo princípios e direitos fundamentais socioeconômicos, da constituição da República Federativa do Brasil. Os autores, abordaram que a crise do Estado de bem-estar social, afeta a legitimidade do Estado democrático de Direito, sobrepondo o econômico sobre a solidariedade social, concluindo que a ação política na esfera pública e na sociedade civil podem, ser eficazes, reequilibrando o sistema.

19 – “FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS DESDE UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO”, de autoria de Pedro Henrique Costa de Oliveira. A pesquisa analisou, a partir da evolução jurisprudencial do Poder Judiciário em matéria de direitos políticos das mulheres, o financiamento de campanhas eleitorais femininas. A prática revelou que as campanhas eleitorais das mulheres são subfinanciadas em relação às dos candidatos do sexo masculino, o que contribui, ainda mais, para a desigualdade entre candidatas e candidatos, vez que pesquisas demonstram que há uma íntima relação entre dinheiro e sucesso eleitoral. O autor, ao final, apresentou algumas propostas para que o financiamento das campanhas de homens e mulheres sejam mais igualitários.

20 – “O INDIVÍDUO E O MERCADO: SOB A PERSPECTIVA DO LIBERTARISMO DE NOZICK”, de autoria de Natália Ribeiro Machado Vilar e Alexandre Antonio Bruno da Silva. O trabalho testou a premissa da inviolabilidade do indivíduo na filosofia do Estado libertário de Robert Nozick. Os autores analisaram a proposição libertária sobre o indivíduo como fim em si mesmo, e não como meio à persecução de finalidades diversas. Ao final, concluíram que os indivíduos são os próprios instrumentos mercantilizados, sob o viés da liberdade de escolha.

21 – “A NATUREZA JURÍDICA SANCIONATÓRIA DOS ILÍCITOS ELEITORAIS “NÃO CRIMINAIS”, de autoria de Amanda Guimarães da Cunha e Luiz Magno Pinto

Bastos Junior. O estudo analisou a natureza jurídica dos ilícitos eleitorais não previstos como crimes, mas que apesar de sua característica sancionatória, são tratados como meros ilícitos civis. Como ponto de partida, os autores, estabeleceram que tais ilícitos são manifestação do jus puniendi estatal e devem estar tipicamente descritos. Pelos critérios bens jurídicos envolvidos, gravidade das sanções impostas e elementos subjetivos para imputação, concluíram que sua natureza é muito próxima a dos delitos, com isso, seu regime de apuração deve se aproximar das regras penais, reconhecendo a individualidade do ramo como parte de um direito sancionador eleitoral.

22 – “DEMOCRACIA MOÇAMBICANA À LUZ DO CONCEITO DE POLIARQUIA DE ROBERT DAHL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DEMOCRACY INDEX 2018”, de autoria de Lívia Chaves Leite e Simone Mayara Paiva Ferreira. A pesquisa analisou em que medida os eixos analíticos da Poliarquia de Robert Dahl influenciam na transição de classificação de Moçambique no ranking do Democracy Index de 2018, elaborado pela The Economist Intelligence Unit (The EIU), passando de uma “democracia híbrida” a um “autoritarismo”, bem como um possível retorno à classificação anterior diante de novas eleições em outubro de 2019. As autoras, concluíram que a situação político-estrutural das eleições autárquicas de 2018 mitigaram o pluralismo, a contestação pública e direitos fundamentais em razão do cenário de corrupções e confrontos entre os dois grandes partidos (FRELIMO e RENAMO).

23 – “A DEMOCRACIA E O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO: ENTRE A INTEGRIDADE E A ESFERA PÚBLICA DE DEBATE”, de autoria de Cora Coralina Alves da Silva. O trabalho apresentou a teoria política e jurídica de Dworkin de modo a extrair o seu fundamento em prol da democracia, a partir de seu conceito de obrigação associativa, bem como, analisou a teoria democrática de Axel Honneth. A partir de ambas as análises, sob a ótica da Filosofia e do Direito em Dworkin e, em Honneth, a luz da historicidade e da Sociologia, a autora disponibilizou uma construção que, ao menos de modo elucidativo, suplante as lacunas tanto em uma teoria quanto em outra, somando as vantagens de cada um dos olhares.

Como se vê, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes das questões que envolvem a democracia, os direitos políticos e a filosofia do Estado, assuntos que nos dias atuais tem despertado muito interesse em razão da crise política experimentada pelo país nos últimos anos.

Por fim, esperamos que a presente obra seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa da democracia e dos direitos políticos.

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Universidade de Fortaleza

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres - Universidade Metodista de Piracicaba/SP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ARGUMENTO DEMOCRÁTICO COMO CRITÉRIO PARA A ESCOLHA DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DEMOCRATIC ARGUMENT AS A CRITERION FOR THE CHOICE OF MINISTERS OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Lincoln Mattos Magalhaes ¹
Jânio Pereira da Cunha ²

Resumo

O artigo discute o procedimento disciplinado no art. 101, parágrafo único, da Constituição de 1988, problematizando a liturgia normativa de recrutamento de Ministros do Supremo Tribunal Federal mediante indicação direta do Presidente da República e aprovação majoritária do Senado. Questiona-se, de modo nuclear, a adequação do método de escolha atualmente previsto e sua compatibilidade material com as idéias de democracia, de representatividade e de legitimação do poder judiciário como instituição incumbida de exercer o controle de constitucionalidade em última ratio.

Palavras-chave: Democratização, Procedimento, Indicação, Ministros, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

The article discusses the disciplined procedure in art. 101, sole paragraph of the 1988 Constitution, problematizing the normative liturgy of recruitment of Ministers of the Supreme Federal Court by direct appointment of the President of the Republic and approval and majority approval of the Senate. It is questioned, in a nuclear way, the adequacy of the method of choice currently foreseen and its material compatibility with the ideas of democracy, representativeness and legitimation of the judiciary as an institution charged with exercising the ultimate control of constitutionality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratization, Procedure, Indication, Judges, Supreme court of justice

¹ Mestrando em direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Advogado.

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). Professor Auxiliar 3 do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Doutor em Direito Constitucional pela Unifor

1 INTRODUÇÃO

Pouco mais de trinta anos após a promulgação da vigente Constituição, em 05 de outubro de 1988, a democracia brasileira se vê, hoje, diante do, talvez, maior e mais crítico de seus desafios contemporâneos.

Em meio a uma crise institucional assinalada pelo *impeachment* de uma presidente democraticamente eleita, e pela descoberta de mecanismos sistêmicos de corrupção, tanto no centro quanto em setores estratégicos da vida pública; a sociedade civil acusou o golpe, e se dividiu politicamente, agrupando-se em posições antagônicas nos extremos do discurso ideológico.

Esse ambiente de adversidade e de acirramento marcou a disputa presidencial de 2018, evidenciando um distanciamento cada vez maior e, aparentemente, insuperável entre o grupo vencedor e as candidaturas e agremiações sociais políticas derrotadas.

A austeridade crescente entre os espectros representados pela “direita” e pela “esquerda” estabeleceu um viés de intolerância entre as respectivas agendas conservadora e progressista, gerando um esvaziamento da esfera pública e o surgimento do hiato dialógico entre maiorias e minorias.

A indisposição para o diálogo, especialmente nos domínios de uma sociedade caracterizada pelo pluralismo e pela diversidade étnica e cultural, parece se apresentar como uma porta semi-aberta à disseminação de governos autoritários, de perfil impositivo e centralizador.

Nesse cenário de incerteza político-institucional e de ameaça ao constitucionalismo normativo, a afirmação de um órgão moderador independente e com legitimidade ampla para mediar os focos sociais de adversidade e de antagonismo, torna-se não apenas um valor indispensável à manutenção da própria idéia de democracia, mas passa a representar uma espécie de trincheira máxima em defesa da supremacia constitucional e dos direitos fundamentais previstos ou implícitos em seu texto.

Ante a essa realidade, em que se discute um modelo adequado de “Corte Constitucional” capaz de atender aos seus lúdicos desideratos, uma questão não necessariamente nova ressurgiu com ênfase e importância: a saber, com efeito, o que seria, em tese, necessário para que esse órgão incumbido de “guardar” a Constituição em última *ratio* consiga exercer sua função ao mesmo tempo com independência, com expertise técnica e com legitimação democrática.

Embora o assunto desafie reflexões diversas, é imperioso, para fins de investigá-lo com maior precisão, fazer um recorte em seu objeto, cujo maior detalhamento não se comportaria, por certo, na exiguidade formal da vertente proposta de pesquisa.

Nesses termos, a análise a ser desenvolvida se concentrará nos mecanismos de acesso, de investidura e de permanência dos membros e integrantes dessa mesma “Corte Constitucional”, examinando, sob um viés crítico-teórico, a adequação, ou não, do regime de recrutamento adotado pelo arranjo institucional estabelecido na Constituição vigente

A exposição, por sua vez, é dividida em três partes: a primeira examina a relação entre democracia, legitimação e controle de constitucionalidade, com ênfase nas contribuições e estudos de Carl Schmitt e Hans Kelsen, focalizando, nesse aspecto, a opção do constitucionalismo brasileiro pelo predomínio do sistema da jurisdição constitucional.

A segunda tocará especificamente às nuances normativas e aos eventuais problemas e distorções de ordem democrática afigurados no regramento vigente no Brasil, por força do qual os membros do Supremo Tribunal Federal são indicados pelo Presidente da República e por ele igualmente nomeados, após aprovação do Senado Federal em maioria absoluta de seus integrantes.

A terceira, por fim, esboçará possíveis alternativas ao critério de indicação por decisão presidencial, averiguando a viabilidade concreta de certos experimentos teóricos, numa perspectiva de construção, no ambiente político-normativo nacional, de um modelo efetivamente democrático e participativo de controle de constitucionalidade.

2 A HIPERTROFIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MODELO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ADOTADO NO BRASIL

No ambiente das tensões entre o constitucionalismo e o ideal democrático, a existência de um sistema normativo de controle de constitucionalidade desempenha um papel central e amplamente controverso.

Ao mesmo tempo em que tal atividade representa talvez o mais efetivo dos instrumentos de defesa da proeminência constitucional, seu exercício configura um fator de constrangimento e de objeção à liberdade e à atuação dos parlamentos como instâncias representativas da vontade soberana do povo.

O desafio maior do intérprete, nesse contexto, está em buscar o equilíbrio entre essas duas forças, de modo a garantir, na máxima extensão do possível, que nenhuma delas predomine ou prevaleça sobre a outra.

Essa concordância prática que, em última análise, destina-se a identificar quem, de fato, é o intérprete maior e derradeiro da Constituição, foi inclusive objeto de um embate filosófico histórico entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, nos anos de 1920.

Schmitt, ao seu turno, parte da premissa inicial de que a Constituição é um documento vulnerável e suscetível a crises de interpretação e de aplicabilidade. Desse modo, a manutenção de seu texto e de sua vigência carece de instrumentos políticos que garantam a higidez de seu conteúdo. Com base nessa idéia, ele se opunha à noção de jurisdição constitucional pelo fato de entender que, como os magistrados não são eleitos, eles não detinham legitimidade para dirimir conflitos políticos oriundos dos foros de representação popular.

Segundo o jusfilósofo alemão, compreender a Guarda da Constituição como uma função jurisdicional seria retirar do povo sua condição de titular soberano do poder político, submetendo suas vontades e deliberações, tomadas direta ou indiretamente, ao discurso de um órgão de compleição essencialmente aristocrática e institucionalmente descomprometido com a afirmação e a defesa das escolhas empreendidas por uma maioria parlamentar legitimada pelo voto.

Nesse contexto, portanto, a existência de um Tribunal de Justiça com atribuição para decidir sobre eventuais distorções acerca do conteúdo constitucional significaria, para Schmitt, admitir o funcionamento de uma espécie de órgão censor das liberdades públicas, capaz de, conquanto à míngua da representatividade popular, revogar leis ou proibir atos de governo com base em argumentos ou em considerações de caráter essencialmente político-discricionário.

Sob essas reflexões, ele defende que o papel da Justiça é resolver casos concretos em consonância com o que dizem as leis, e não exercer controle político de validade ou de conveniência constitucional sobre o conteúdo dessas mesmas leis. Tal atribuição, em suas instâncias, deve ser outorgada ao Chefe de Estado, tanto pelo fato de ele ter se submetido a escrutínio popular, quanto por visar maior aptidão e neutralidade para aglutinar interesses partidários com independência e com legitimação política.

Em oposição a Carl Schmitt, Hans Kelsen – que havia colaborado com a edição da Constituição Austríaca de 1920, criando um órgão judicial de controle concentrado de constitucionalidade com jurisdição sobre os atos do legislativo e do executivo – parte da noção de que a função política da Constituição seria a de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder, sendo que uma Carta Constitucional que não previsse a possibilidade de

anular atos que fossem contrários ao seu texto teria necessariamente sua obrigatoriedade comprometida.

Kelsen, nesse sentido, critica com ênfase a estrutura ideológica do “guardião executivo”, sob o argumento de que a submissão dos poderes do Estado ao governante representaria uma ameaça permanente ao sistema de garantias constitucionais e aos seus valores democráticos. (referência – teoria pura do direito)

Ele defende que o direito estabelece um procedimento de criação normativa, de modo que as normas jurídicas se fundamentam umas nas outras e se justapõem numa espécie de pirâmide escalonada de valores (*stufenbau*), em cujo ápice estaria a Constituição. (KELSEN, 2003).

Sua proposição, nessa perspectiva, era de que, nos termos do modelo austríaco de 1920 por ele mesmo idealizado, houvesse, na estrutura da jurisdição, um tribunal formado por juízes, mas com competência exclusiva para dirimir conflitos abstratos de compatibilidade genérica entre a Constituição e as normas e atos jurídicos de inferior dignidade (KELSEN, 2003).

Nesse ponto, Kelsen enfrenta o problema da legitimação representativa da Corte Constitucional tomando como pressuposto discursivo a ideia de que o judiciário, assim como o legislativo, é instituição de vocação essencialmente política.

Para Kelsen, quando o legislador investe o juiz na função de erradicar conflitos e de ponderar sobre interesses contrapostos, ele transfere para esse mesmo juiz a atribuição de criar o direito, conferindo à atividade judicial o mesmo caráter político que o próprio legislativo naturalmente possui (LIMA, 2018, Online).

Observados os principais elementos que caracterizam os modelos de Kelsen e Schmitt, o debate entre eles ressurgiu com algum vigor na atualidade, especialmente pela necessidade de se rediscutir o talvez mais elementar problema de suas respectivas formulações: a questão da legitimação/aptidão para o exercício da interpretação constitucional de última *ratio*.

Conquanto se admita que a existência de uma Corte Constitucional (tal e qual idealizada por Kelsen) seria indispensável para mediar tensões decorrentes da relação entre a democracia e o exercício do Poder, a afirmação do protagonismo da Justiça, na prática, transferiu a sede do debate político para os domínios dos tribunais, cujos membros, todavia, não se submetem ao escrutínio público, nem se sujeitam a nenhum tipo de controle direto por parte do povo ou de outras instituições.

A própria noção de “pós-positivo” confirma essa hipótese, na medida em que, reconhecendo a força normativa da constituição como de seus pilares, conduz à ampliação quantitativa dos conflitos de constitucionalidade, gerando uma consequente expansão da estrutura orientada ao exercício da jurisdição constitucional.

No Brasil, a propósito, o controle concentrado genérico de constitucionalidade se perfaz procedimentalmente por meio de quatro ações típicas (ADIN por ação, ADIN por omissão, ADC e ADPF), sendo que, na observação de Martônio Mont’alverne Barreto Lima (2018, Online): “a cada uma delas que se introduz, restringe-se o número de ativamente legitimados e dilata-se tanto dos efeitos das decisões, quanto das atribuições do órgão controlador, geralmente uma Corte Constitucional”.

Ao Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, compete não apenas declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos mediante jurisdição direta e abstrata, mas também de modular o alcance efetivo de suas próprias decisões, ora redefinindo o marco de produção de seus efeitos no tempo, ora expandindo sua eficácia subjetiva para além dos atores concretos da demanda individual submetida a controle difuso.

Compete também ao STF rejeitar recursos extraordinários que não tenham repercussão geral, editar súmulas vinculantes de observância obrigatória pelos Poderes Executivo e Judiciário, e até redefinir o significado normativo de determinados preceitos de ordem pública, mediante o uso da chamada técnica da *mutação constitucional* (que alguns teóricos compreendem como uma espécie de poder constituinte difuso).

Por fim, chame-se, ainda, a atenção para uma prática jurisprudencial cada vez mais comum no âmbito STF, de conceder mandados de segurança em favor de parlamentares para sobrestar o andamento de processos legislativos cuja tramitação, ou cujo objeto, estejam em suposto desacordo com o procedimento constitucional de elaboração das leis, ou se ponham em rota de colisão com alguma cláusula pétrea.

A respeito do assunto, Martonio Mont’Alverne (2018, Online), além de denunciar o expediente, que, segundo ele, contraria a premissa de que a jurisdição constitucional não deve atuar sobre leis em tese, nem interferir no processo de confecção de normas, considera a utilização de tal recurso como uma forma de promover o aniquilamento “de um dos poucos campos onde a política pode ser ainda realizada pelos representantes diretamente eleitos”.

A hipertrofia do poder judiciário, pois, constitui uma tendência moderna, cujos influxos, em grande parte, vinculam-se à tentativa – de intenção inegavelmente democrática – de garantir a supremacia da constituição e impedir o surgimento e o desenvolvimento de governos autoritários, por meio da atuação de um organismo forte, independente e com

aptidão para exercer controle institucional sobre eventuais excessos, inclusive de natureza política.

Esse objetivo, no entanto, deve conciliar-se à busca pelo o contrapeso entre as instituições de poder, no propósito último de se evitar que o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de se colocar como guardião da Constituição e da ordem jurídica, se torne, ele próprio, uma espécie de algóz, ou de vilão do equilíbrio democrático.

3 DISTORÇÕES DEMOCRÁTICAS NO MODELO DE ACESSO AO CARGO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O art. 101, *caput* e parágrafo único, da Constituição em vigor, estabelece que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, *depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal*, dentre os cidadãos de mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, que desfrutem de reputação ilibada e de notório saber jurídico.

Nessa perspectiva, a nomeação do ministro do Supremo Tribunal Federal, cuja composição se perfaz de onze integrantes, é, portanto, de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo Federal, que assim o procede com ampla liberdade, e mediante a observância de critérios de larga densidade subjetiva.

Esse modelo de indicação não constitui uma novidade da Constituição de 1988. Sua utilização normativa remonta à Constituição de 1891, cujo art. 55, além de propriamente instituir o Supremo Tribunal Federal com, na época, 15 ministros, também estabeleceu que estes seriam nomeados pelo Presidente da República, sob a chancela do Senado, em quórum majoritário absoluto.

Desde então, excetuando-se a Carta do “Estado Novo”¹, todas as demais constituições, com maiores ou menores adaptações, normalmente de cunho quantitativo², prestigiaram o esquema convencional de acesso ao cargo de ministro do STF por meio de nomeação do Presidente da República, após aprovação do Senado em escrutínio especial.

Na prática, contudo, e a despeito da tradição reeditada e reproduzida em quase todas as constituições brasileiras republicanas (em todas, na verdade, porque, sob o plexo da Constituição de 1946, o Conselho Federal ali previsto fazia as vezes do Senado), a sistemática

¹ Na Constituição de 1937 a representação parlamentar dos Estados cabia não ao Senado, mas ao Conselho Federal, que era formado por dois integrantes de cada estado eleitos por votação direta para um mandato de 6 anos. Entre as atribuições do Conselho Federal estava a de aprovar as nomeações dos Ministros do STF.

² As Constituições de 1891 e de 1946 previam que o Supremo era composto, respectivamente, de 15 e de 16 ministros, sendo que o atual número de 11 ministros foi estabelecido pela Constituição de 1967, e mantido na atual Carta de 1988.

de nomeação presidencial livre, apesar de retoricamente dividir atenção a um certo pluralismo político³ inserido e consagrado na ordem constitucional vigente, revela distorções de variados tipos e espécies.

Para os fins deste recorte metodológico, é possível apontar pelo menos cinco adversidades objetivas na estrutura dogmática atual de escolha dos ministros do STF; senão, veja-se:

3.1 Excessivo subjetivismo dos critérios constitucionais de indicação

A primeira de tais adversidades decorre do viés essencialmente subjetivo presente na regra do art. 101, *caput* e parágrafo único, da Carta de 1988. Tal enunciado não estabelece impedimentos, proibições ou pressupostos negativos à indicação presidencial, de modo que esta, à minguagem de outras condições, pode recair sobre qualquer pessoa dentre os brasileiros maiores de 35 e menores de 65 anos de idade.

Esse amplo grau de pessoalidade empobrece a qualidade da indicação e permite que esta alcance qualquer indivíduo, desde que seja profissional do direito e que atenda aos critérios objetivos de idade mínima e máxima; o que, em certa medida, contribui para melindrar o respectivo processo de escolha e para revesti-lo de ceticismo e de desconfiança.

Exemplo de tal afirmação está na própria atual composição do STF. Dos 11 ministros hoje em exercício, pelo menos 6, ao tempo de suas indicações, mantinham relações pessoais, políticas, familiares ou institucionais com o Presidente da República que os nomeou (os dados a seguir são de domínio público, e não encerram nenhuma crítica pessoal ou juízo de valor).

A saber, o Ministro Celso de Mello foi nomeado pelo então Presidente da República, José Sarney, em 07 de agosto de 1989, depois de ter, entre 1985 e 1989, exercido os cargos de assessor jurídico da Casa Civil da Presidência da República e de secretário-geral da Consultoria Geral da República durante o governo do mesmo José Sarney.

O Ministro Marco Aurélio Mello, por sua vez, foi nomeado em 13 de julho de 1990 pelo então Presidente da República, e seu primo legítimo, Fernando Collor de Mello.

Já o ministro Gilmar Mendes foi nomeado em 20/06/2012 pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, em cujo governo ele exercia o cargo de Advogado-Geral da União.

³ Segundo José Ailton Garcia (2007, p. 206): “Entende-se que, nessa hipótese, o legislador constitucional, ao mesmo tempo em que aplicou o princípio constitucional do pluralismo político inserido na Carta Magna de 1988, também explicitou o mecanismo de freios e contrapesos, uma das características da harmonia entre os poderes do Estado democrático de direito.

O Ministro Antônio Dias Toffoli, atual Presidente da Corte, foi nomeado em 23 de outubro de 2009 pelo então Presidente Luis Inácio Lula da Silva, depois de ter atuado como advogado em três campanhas presidenciais do ex-presidente (1998, 2002 e 2006) e de ter exercido o cargo de Advogado-Geral da União no mesmo governo Lula.

O Ministro Edson Fachin foi nomeado pela então Presidente Dilma Roussef em 25/05/2015, depois de, em 2010, participar, juntamente com outros juristas, de um vídeo publicitário de campanha, em que declarava apoio e voto à mesma Dilma Roussef, então candidata à presidência pelo Partido dos Trabalhadores. Por último, o Ministro Alexandre de Moraes foi nomeado em 22 de março de 2017 pelo então presidente Michel Temer, em cujo governo ele exercia, à época de sua escolha, o cargo de Ministro da Justiça.⁴

Nesse sentido, pois, a presença não rara de um vínculo relativamente estreito entre o presidente da nação e o ministro nomeado aproxima o mecanismo de recrutamento dos membros do STF de critérios semelhantes aos que informam o provimento dos cargos em comissão e das funções de confiança.

A idéia de que o Presidente da República pode nomear para o STF qualquer pessoa, desde que tenha entre 35 e 65 anos de idade, incluindo-se nesse rol seus assessores diretos, seus advogados, seus ministros, seus consultores, seus amigos, seus parentes, ou outro indivíduo com quem ele mantenha relações fiduciárias, confere um tom patrimonialista ao modelo, afastando-o, em grande medida, das premissas democráticas que devem norteá-lo

3.2. Ausência de participação efetiva e decisiva dos estados e do Distrito Federal no processo de escolha

O segundo ponto crítico que envolve o modelo de acesso ao cargo de Ministro do STF decorre do fato de que, embora a mesma Corte igualmente funcione como órgão revisor de acórdãos dos Tribunais de Justiça e possua atribuição tanto para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais contrários à Constituição, quanto para resolver conflitos de competência entre a União e demais entes federados; o processo de

⁴A nomeação de Alexandre de Moraes, por sinal, se cercou de maior polêmica não apenas em virtude da proximidade de sua relação institucional com o Presidente Temer, mas porque, ele próprio defendera, anos antes, por ocasião de sua tese de doutorado, que seria defeso ao Presidente da República nomear, para o cargo de Ministro do STF, alguém que, em seu governo, tenha exercido atividade, ou função de confiança. Segundo o ponto 103 da respectiva conclusão de Alexandre de Moraes (1993, Online) : "É vedado (para o cargo de ministro do STF) o acesso daqueles que estiverem no exercício ou tiveram exercido cargo de confiança no Poder Executivo, mandatos eletivos, ou o cargo de procurador-geral da República, durante o mandato do presidente da República em exercício no momento da escolha, de maneira a evitar-se demonstração de gratidão política ou compromissos que comprometam a independência de nossa Corte Constitucional".

escolha de seus membros não contempla uma participação efetiva dos Estados e do Distrito Federal.

Nesse ponto, a despeito do que prevê o *caput* do art. 101, que condiciona a nomeação dos ministros à aprovação majoritária pelo Senado Federal (que é órgão parlamentar de representação dos estados), tal pressuposto, em verdade, não desfruta de quase nenhuma aplicação efetiva.

Basta que se diga que a última vez que o Senado rejeitou indicações do Presidente da República foi em 1894, há 112 anos, portanto, quando desaprovou os nomes de Barata Ribeiro (que era médico e não tinha formação em direito), Inocêncio Galvão de Queiroz (formado em engenharia e egresso da carreira militar, onde alcançou o posto de General), Ewerton Quadros (que era engenheiro e matemático de formação), Antônio Sève Navarro (dos cinco rejeitados, o único que tinha formação em direito) e Demóstenes da Silveira Lobo (que não era bacharel em direito e, à época, exercia o cargo de diretor dos Correios).

A posição de alinhamento político do Senado em relação ao Presidente da República no que toca à escolha dos Ministros do STF – que, aliás, parece não ser um problema apenas brasileiro, eis que nos Estados Unidos foram apenas 12 rejeições entre 1789 e 2014 (MELLO NETO, 2014, p. 19) – é bem ilustrada no escrito de José Ailton Garcia, que descreve as chamadas “sabatinas” em que os indicados são formalmente interpelados pelos Senadores em sessão pública, como atos meramente burocráticos e de conteúdo unicamente protocolar (MELLO NETO, 2014, p. 209).

Ainda sobre a questão da harmonia constitucional entre os entes federados, a disposição expressa no art. 52, II, da Constituição, que atribui ao Senado competência para processar e julgar os ministros do STF por crimes de responsabilidade é, de resto, insuficiente para restabelecer o equilíbrio federativo entre União e Estados-Membros, nesse aspecto em particular.

Mesmo porque, entre outras razões, além do fato de jamais um ministro do STF ter sofrido *impeachment* em toda a história da Corte, a instituição de foros privilegiados, inclusive na situação em espécie, quando necessário (e sem adentrar em qualquer discussão acerca do tema em si), atende a imperativos constitucionais amplamente distintos dos que envolvem o anseio de democratização da jurisdição constitucional no Brasil.

3.3. O viés aristocrático, elitista e ideológico do critério de escolha presidencial

A exemplo do que se dá em relação à crítica feita no subitem 3.1., a percepção aqui enunciada resulta, de certo modo, de uma experiência igualmente pragmática e quantitativa.

Assim como a regra do art. 101 da Constituição estimula a pessoalização das escolhas do Chefe do Executivo, dando margem a que estas recaiam sobre assessores próximos, familiares, amigos pessoais, ou indivíduos de sua confiança; o critério de indicação presidencial, na prática, conduz a uma quase inevitável elitização do respectivo procedimento.

Os dados históricos, com efeito, ratificam essa afirmação. Um recorte equivalente aos últimos 55 anos revela que, dos 61 ministros que ocuparam os assentos do STF nesse período (1963 a 2018):

- apenas nove ministros (13%) nasceram nos estados da região Nordeste (Hermes Lima, Evandro Lins e Silva, Adalício Nogueira, Aliomar Baleeiro, Oswaldo Trigueiro, Antônio Néder, Djaci Falcão, Aldir Passarinho, Carlos Madeira e Carlos Ayres Brito);
- apenas um ministro (1,63%) nasceu na região Norte (Francisco Manoel Xavier de Albuquerque);
- apenas um ministro (1,63%) nasceu na região Centro-oeste (Gilmar Mendes);
- nenhum ministro nasceu no Distrito Federal, nem nos estados do Paraná, de Santa Catarina, do Mato Grosso, do Espírito Santo, de Goiás, do Rio Grande do Norte, do Ceará, do Pará, do Acre, de Rondônia, de Roraima, do Amapá e do Tocantins (ou seja, metade dos estados brasileiros não teve “representantes” no Supremo Tribunal Federal nos últimos 55 anos);
- 50 ministros (81%) nasceram em apenas 4 estados brasileiros (São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro);
- apenas um ministro (1,63%) se declarava como negro (Joaquim Barbosa);
- apenas três ministros (4,9%) eram/são do sexo feminino (Ellen Gracie, Carmen Lúcia e Rosa Weber, sendo que a primeira mulher (Ellen Gracie) só foi nomeada em 2000, ou seja, 109 anos após a fundação da Corte);
- não há ministros negros ou norte-nordestinos na atual composição da STF, sendo que último (e único) negro se aposentou em 2014 (Joaquim Barbosa), e o último norte-nordestino se aposentou em 2012 (Carlos Ayres Britto);
- dos 37 Presidentes da República desde 1891, apenas um (Café Filho) não chegou a nomear ministros para o STF, sendo que os que mais nomearam foram o ex-presidentes Getúlio Vargas (21 ministros), Deodoro da Fonseca (15 ministros) e Floriano Peixoto (15 ministros);

- dos 13 ministros entre norte-nordestinos, negros e mulheres, apenas 2 (Djaci Falcão, de Pernambuco, e Manoel Xavier de Albuquerque, do Amazonas, foram nomeados entre 1968 (pós-AI) e 1979 (pós-anistia), sendo, que dos 11 restantes, 8 foram escolhidos por Presidentes de República democraticamente eleitos⁵

Tais informações, que são, por sinal, de domínio público e estão disponíveis no próprio sitio eletrônico do STF, na rede mundial de computadores (www.stf.jus.br), projetam, no mínimo, três ilações incompatíveis com a idéia de democracia representativa, participativa e descentralizada. A primeira é que as nomeações dos ministros do STF, em sua maioria, não costumam historicamente observar o pluralismo nacional, nem demonstram compromisso intrínseco com a diversidade de nossa população.

Tanto é assim que, num recorte de 55 anos (61 ministros), de 1962 a 2018, os vários presidentes da república que se sucederam nesse período, de João Goulart a Michel Temer, indicaram apenas um ministro negro (embora os negros correspondam a 8% dos brasileiros), 3 ministras mulheres (cujo percentual nacional de 52% excede em 4 pontos percentuais a quantidade de homens) e 9 ministros norte-nordestinos (em que pese 38% dos habitantes atuais do Brasil tenham nascido nessa região).

A segunda, por seu turno, decorre da excessiva concentração de nomeações, no mesmo período (1963 a 2018), em juristas nascidos nos quatro estados com o maior PIB do Brasil. Ao todo, dos 61 ministros que passaram pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos 55 anos, 50 eram, ou paulistas, ou mineiros, ou cariocas, ou gaúchos⁶; o que denota uma tendência de elitização econômica e regional sobre o teor das escolhas.

E a terceira resulta da idéia de que entre os ministros que, por fatores étnicos, regionais e de gênero, simbolizam ou simbolizavam possíveis grupos sociais minoritários (norte-nordestinos, negros e mulheres), a maioria foi nomeada em tempos de abertura política; a indicar que as escolhas dos juízes da Suprema Corte, contemplam, em grande medida, critérios político-ideológicos (governos liberais tendem a indicar ministros de perfil mais liberal e governos conservadores tendem a indicar ministros de perfil mais conservador).

Dita constatação, por sua vez, talvez exponha uma desconfortável – para dizer o menos – conexão entre o exercício presidencial da competência estabelecida no art. 101 da

⁵ Evandro Lins e Silva (piauiense), Adalício Nogueira (baiano) e Aliomar Baleeiro (baiano), foram nomeados no governo João Goulart; Carlos Ayres Brito (sergipano), Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia, foram nomeados no governo Lula; Ellen Gracie foi nomeada no governo Fernando Henrique Cardoso; e Rosa Weber foi nomeada no governo Dilma Rousseff)

⁶ Segundo dados do IBGE os estados mais ricos do Brasil são, nessa ordem, São Paulo (PIB de R\$ 2.038.005.000,00, Rio de Janeiro (PIB de 640.186.000,00), Minas Gerais (PIB de 544.634.000,00) e Rio Grande do Sul (PIB de 408.605.000,00)

Constituição e o eventual anseio do Chefe do Executivo de que a composição do STF mantenha sintonia ideológica com os anseios e objetivos políticos do governo.

3.4. A questão da linha sucessória do cargo de Presidente da República

O quarto problema democrático imanente às nomeações presidenciais alude a um aspecto constitucional de reduzida visibilidade, mas de elevada importância e densidade política.

Reza, com efeito, o art. 80 da Constituição de 1988, que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, que não é ninguém mais do que um dos 11 Ministros da Corte, é o quarto nome da linha de vocação sucessória para substituição temporária do Presidente da República em casos de impedimento.

Na história do STF, seis ministros chegaram a ocupar interinamente a chefia do poder executivo na qualidade de substitutos: José Linhares, Moreira Alves, Otávio Gallotti, Marco Aurélio Mello (que foi o que mais vezes exerceu o cargo de presidente, fazendo-o em cinco ocasiões, no total), Ricardo Lewandowski e Antônio Dias Toffoli.

Nesse sentido, enquanto está no exercício da função de Presidente da República, o Presidente do STF incorpora todas as competências e prerrogativas próprias do cargo, podendo, em tese, sancionar e vetar leis, propor ações diretas de inconstitucionalidade, declarar guerra e estado de sítio, editar medidas provisórias, nomear e exonerar servidores e, inclusive, fazer indicação de nomes para compor a própria Suprema Corte, da qual ele mesmo faz parte.

Dita possibilidade, e aqui vale pontuar que o Presidente do STF que por mais tempo exerceu a presidência chegou a ocupar o cargo por mais de três meses (o Ministro José Linhares assumiu entre a queda de Getúlio Vargas, em 29/10/1945 e permaneceu até a posse de Eurico Gaspar Dutra, em 31/01/1946), abre margem à configuração de um imbróglio democrático: ainda que de modo provisório e excepcional, a Constituição de 1988 admite, por expresse, que alguém que não tenha sido submetido a escrutínio popular, assumo o cargo político mais elevado do país e exerça todas as competências e atribuições que a mesma constituição lhe outorga.

3.5. A questão da (i)legitimidade da supremacia judicial no controle de constitucionalidade

Não obstante as dificuldades apresentadas nos subitens anteriores, o tema da legitimação propriamente dita é o que sensivelmente maior atenção desperta no ambiente dialógico das tensões entre jurisdição constitucional e democracia.

A idéia de que um colégio de juízes não eleitos detenha competência para exercer controle sobre a atividade típica dos Parlamentos, e para declarar a invalidade de normas editadas e aprovadas pelos legítimos representantes do povo, é um assunto amplamente controverso, cujo tratamento exige, por certo, uma reconstrução de ênfase democrática do próprio discurso constitucional presente da Carta de 1988⁷.

No atual sistema constitucional de repartição de funções, o papel reservado ao STF encerra uma contradição, *a priori*: a ele, STF, cujos membros são investidos à revelia popular, outorga-se, em última instância, o poder de resolver conflitos de natureza política e de tutelar o repositório dos valores fundamentais da sociedade.

Esse possível paradoxo, por força do qual a soberania popular, na prática, aparentemente se submete à moderação e à fiscalização de um órgão de composição não-deliberativa, reforça o questionamento em torno da legitimidade democrática da atuação da Suprema Corte.

Numa inicial aproximação, a primeira hipótese é a de que esse problema se resolveria por meio do dever de fundamentação, que a Carta de 1988 consagra em seu art. 93, IX.⁸ Para esse fim, aliás, Robert Alexy propõe um modelo de superação do óbice democrático, pontificando que, apesar de os juízes (inclusive os da Suprema Corte), não desfrutarem de representatividade popular, a eles é dado decidir democraticamente, desde que o respectivo procedimento seja livremente aberto ao discurso (ALEXY, 2007, p. 162/165).

Alexy, nesse sentido, sustenta que, diversamente do que ocorre na atividade parlamentar, o Poder Judiciário exerce suas atribuições com base numa legitimação não representativa, mas argumentativa, que conforme Carlos Marden Cabral Coutinho (2015, p. 194) “que se traduz na construção de decisões judiciais que sejam reflexo do melhor argumento veiculado nos autos de cada processo específico”.

A esse respeito, todavia, Conrado Hübner Mendes (2008, p. 203) adverte que atribuir à Suprema Corte a função de dizer a última palavra sobre interpretação constitucional não é

⁷ Segundo Martônio Mont'alverne Barreto Lima (2018, Online) “Cada vez mais o judiciário assume o papel de “pai da sociedade; cada vez mais os parlamentos se vêem controlados, agora, não somente pelo povo, mas por outro poder institucionalmente constituído, como o próprio parlamento”.

⁸ Art. 93. (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (redação dada pela emenda constitucional nº 45/2004);

garantia de obtenção de decisões corretas. Os riscos que decorrem dessa prática são inúmeros e vão desde a tendência ao imperialismo retórico e monopolista, até, no vértice oposto, à conveniência do resgate da técnica da aplicação lógico-dedutiva da lei, inspirada na filosofia da escola da exegese.

Reforçando esse argumento, Martônio Mont'alverne Barreto Lima (2018, p. 07) observa, ainda, que o dever de fundamentação como instrumento de legitimação não traduz mais do que um simples lenitivo para ocultar o que ele chama de "inversão da lógica democrática".

E ratificando a idéia da ineficiência do discurso, referido autor denuncia o uso distorcido e indiscriminado da dogmática do argumento judicial como um dos principais vetores que obstaculizam a implantação, especialmente no Brasil pós-1988, de um modelo permanente de interação entre a política e a interpretação do direito.

De se ver, portanto, que a tentativa de se conciliar os temas da jurisdição constitucional e da legitimidade democrática tende a descortinar uma linguagem artificial e incompatível com a natureza dos respectivos conceitos. O controle da atividade parlamentar legítima por uma Corte Constitucional, cujos membros não são submetidos a escrutínio popular, representa um impasse normativo quase insolúvel em face de um modelo teórico de democracia que compreenda o poder constituinte como um processo contínuo, que se efetiva e que renova no cotidiano (2018, Online).

Nesses termos, a afirmação retórica do discurso aberto como instrumento de legitimação constitucional das deliberações judiciais, sobretudo de última instância, embora até sirva para amparar a resolução dogmática de problemas de constitucionalidade, não se satisfaz, nem se compatibiliza, com a convicção inexorável de que o Poder do Estado, em quaisquer de seus aspectos e formas de manifestação, deve ser exercido pelo povo, senão diretamente, por meio de seus representantes.

4 O ARGUMENTO POLÍTICO-ELEITORAL COMO CRITÉRIO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DO STF

Uma das mais relevantes missões de uma Corte Constitucional é salvaguardar os compromissos assumidos pela Constituição e resguardar o respeito e a proteção aos interesses fundamentais das minorias contra a vontade das maiorias.

No Brasil, o controle do monopólio deliberativo dos representantes políticos eleitos e o papel de mediador dos conflitos constitucionais em sentido amplo incumbe, no plano

dogmático, ao STF, a quem, nesses termos, compete declarar a inconstitucionalidade de leis aprovadas pelo legislativo e desconstituir atos normativos editados pelo executivo.

Todavia, mesmo que se reconheça a necessidade de um sistema de controle de constitucionalidade como instrumento de garantia da própria supremacia constitucional, o modelo de revisão judicial adotado pela Carta de 1988 desafia críticas acentuadas, especialmente no que tange à questão ausência de legitimação democrática do órgão controlador.

Nesse ponto, a equação, de difícil desenlace, reside em justificar democraticamente como um órgão de formação aristocrática, cujos membros não estão sujeitos a escrutínio popular, nem a renovação periódica de seus mandatos, pode ter a *última palavra* em matéria de interpretação constitucional. Esse dilema, que reinsere a jurisdição constitucional no ápice da tensão entre a regra da maioria e os direitos fundamentais das minorias revigora a importância do debate sobre a adequação ou não do modelo normativo de escolha dos membros do STF.

Sob esse prisma, e a admitir-se como premissa a noção de que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, além de indispensável, deva, de fato, ser uma atribuição necessariamente típica do Poder Judiciário⁹, o argumento político-eleitoral como critério para a escolha dos membros da mais alta Corte da Justiça ressurgiu como uma idéia viável para neutralizar a antes mencionada questão da ilegitimidade orgânica; bem assim para relativizar, em tal aspecto, a permanente e inevitável tensão entre constitucionalismo e democracia.

Diante desse quadro, duas sugestões se apresentam como possibilidades concretas. A primeira contempla a idéia de radicalização da democracia e propõe a instituição de eleições diretas para o cargo de Ministro da Suprema Corte.

Tal experiência foi implantada com sucesso na Bolívia¹⁰ em 2009, onde os membros da Suprema Corte do Tribunal de Justiça Agroambiental, do Tribunal Constitucional Plurinacional e do Conselho da Magistratura, passaram a ser eleitos diretamente pelo povo (TEIXEIRA; CUNHA; PIMENTEL, 2018, Online).

Naquele país, os candidatos inicialmente submetem seus currículos ao órgão do poder legislativo. Vencida essa etapa, marca-se a data da votação e divulga-se o nome dos

⁹ Conforme Hans Kelsen (2003, p. 154), para quem o órgão incumbido de anular atos inconstitucionais deve ser uma instituição distinta do Parlamento, independente dele e de e de qualquer outra autoridade estatal.

¹⁰ Segundo Tatiane Alves Macedo (2018, Online): “Trata-se de um método de escolha único na região e no mundo, mas com um cenário regional. No passado, na América Latina, o sufrágio para eleger juízes foi implementado no México na Constituição de 1857, na Nicarágua e em Honduras no século XIX. No entanto, hoje não existe outro país em que juízes dos tribunais são eleitos por meio do sufrágio universal.”

habilitados a concorrer, sendo vedada a propaganda política. Findo o processo, os eleitos são conduzidos para um mandato de seis anos, não se admitindo a reeleição¹¹.

Na realidade brasileira, o critério de escolha dos juízes do STF por meio de votação direta parece não conhecer nenhum impedimento constitucional de cunho objetivo. A saber, a idéia é compatível com a Constituição e com o espírito democrático que dela decorre.

Nesse particular, Martónio Mont'alverne (2018, Online) defende a constitucionalidade das eleições diretas para membro do Supremo Tribunal Federal, ressaltando que, em tal hipótese imaginária, a separação dos poderes seria preservada, o pacto federativo restaria mantido e o discurso da democracia representativa alcançaria o seu ápice. O autor ainda acrescenta que não existe afirmação alguma que acuse o critério eleitoral para os cargos do executivo e do legislativo de representar uma distorção ao sistema de separação de poderes. Quanto ao mais, ele, igualmente, pontifica:

(...) as eleições para membro do Supremo Tribunal Federal encerram um arco de completude do poder do estado, na medida em que, uma vez instituídas, ter-se-á na prática a implementação discursiva de que todos os poderes são políticos e submetidos á vontade popular (...)

No aspecto discursivo, a idéia do escrutínio popular para eleição de ministros do STF em substituição ao regime tradicional de indicação pelo Presidente da República constitui uma perspectiva inegável de um ganho civilizatório de larga densidade, abrindo um substancial horizonte para o amplo fortalecimento do argumento democrático que permeia a Constituição de 1988.

Não obstante, embora atualmente tramitem no Congresso Nacional cerca de trinta propostas de emenda constitucional, buscando modificar o modelo de recrutamento dos ministros da Suprema Corte; nenhuma delas, contudo, prevê, para esse fim, a implantação de um regime de votação popular e direta.

Em todo caso, a cogitar de que isso decorra das dificuldades que o debate político enfrenta e suscita (as eleições manteriam o povo ou em estado de apatia, ou em situação de vulnerabilidade aos grupos de pressão), é possível, ainda, pensar numa alternativa menos radical, mas que seria capaz de prestigiar a democracia indireta e suas instituições representativas (BENEVIDES, 1993).

Tal idéia espelharia, de certo modo, o procedimento normativo aplicável à aprovação de emendas à Constituição, mais ou menos nos moldes previstos no art. 60 da Carta de 1988.

¹¹ Vide arts. 191, 197 e 207 da Constituição Boliviana.

Os nomes seriam alternadamente indicados pelo Presidente, pela Mesa da Câmara e pela Mesa do Senado (a exemplo de como se dá nos critérios de antiguidade e de merecimento de que trata o art. 93 da CF/88); em seguida o indicado seria submetido a duas “sabatinas”, uma na Câmara e outra no Senado, e sua nomeação, por fim, dependeria do escrutínio majoritário de 3/5 de cada casa parlamentar, em sessão bicameral.

Lado a isso, o nome rejeitado não poderia ser novamente indicado na mesma sessão legislativa e o postulante não poderia ter exercido função de confiança no governo federal ou em governos estaduais, atividade partidária, ou cargos de diretoria em autarquias e empresas públicas federais ou estaduais nos últimos quatro anos.

Dita possibilidade, não só conferia uma solução intermediária entre o recrutamento aristocrático (atualmente em vigor) e o modelo da democracia radical (como ocorre na Bolívia), como viabilizaria uma participação institucional mais completa e efetiva, mediante um processo igualmente mais rápido, menos dispendioso e cujo viés democrático restaria pelo menos em tese garantido pelos mesmos dispositivos de segurança que resguardam a higidez e a estabilidade da própria Constituição.

5 CONCLUSÃO

A democracia, no Brasil, parece conhecer o maior de seus dilemas desde sua restauração há pouco mais de três décadas. O acirramento radical do debate político, e o ambiente de crise institucional quase generalizada são apenas prognósticos reais de um futuro incerto e possivelmente problemático.

Em tal atmosfera, rever conceitos e repensar o funcionamento das instituições é tarefa tão complexa quanto indispensável, na intenção não só de buscar respostas para problemas pontuais, mas de igualmente abrir caminhos que contribuam para a compreensão do discurso democrático e para o arrefecimento de suas tensões permanentes com as premissas do constitucionalismo.

À luz dessa relação controvertida e problemática, examinou-se, na espécie, o papel da jurisdição constitucional num sistema político-normativo em que a competência para decidir sobre conflitos abstratos de constitucionalidade é exercida por um colegiado de juízes não submetidos à eleição popular, mas com atribuição e poder para invalidar leis e atos normativos editados pelos legítimos representantes do povo.

Sustentou-se a inadequação e a incompatibilidade democrática dos critérios positivados de acesso e de permanência dos membros da Suprema Corte no Brasil, que são

escolhidos por indicação do Presidente da República e nomeados com vitaliciedade, após aprovação majoritária do Senado Federal, cujo escrutínio a história revelou tratar-se de um procedimento meramente protocolar e sem quase nenhuma influência.

Por fim, defendeu-se a viabilidade da adoção de critérios alternativos ao atual modelo, apontando-se como possibilidades reais, inclusive compatíveis com a atual Constituição, o argumento democrático-radical, baseado na proposta de eleições diretas para o cargo de Ministro do STF; ou um regime democrático representativo, mais moderado que o anterior e menos aristocrático do que o vigente, que pressupõe o recrutamento de membros da Suprema Corte mediante uma técnica procedimental similar a que informa o processo normativo de aprovação de emendas à Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007

BENEVIDES, Maria Victória Mesquita. **A Cidadania Ativa. Referendo, plebiscito e Iniciativa popular**. 1993.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual**. Juruá: Curitiba, 2015.

GARCIA, José Aílton. **O papel do Senado Federal na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito e Paz (UNISAL). Ano IX. nº 17, 2º semestre, São Paulo, 2007.

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

LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto. **A Democratização das Indicações para o Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Artigo disponível em :[http://usinodeletras.com.br/exibelotexto.php?cod=Textos Jur%EDdicos](http://usinodeletras.com.br/exibelotexto.php?cod=Textos%20Jur%20EDdicos). Acesso em 06 ago. 2017

LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **A Guarda da Constituição em Kelsen**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-guarda-da-constituicao-em-hans-kelsen>. Acesso em 05 dez. 2018

LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; SOUZA, Paulo de Tarso Fernandes. **Jurisdição e Democracia – Os Argumentos Contrários à Legitimidade Democrática do Judiciário para exercer o Controle de Constitucionalidade das Leis**. In: COUTINHO, Julia Maia de Menezes; PASSOS, Daniela Veloso Souza; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes (coord) **Temas do Pensamento Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

MACEDO, Tatiane Alves. **Lições do Modelo Boliviano à Jurisdição Constitucional Brasileira**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/diario-classe-liceos-modelo-boliviano-jurisdicao-constitucional-brasileira>. Acesso em 12 dez. 2018.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República) / Ministro Celso de Mello. 4. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais**. Separação de Poderes e Deliberação. Tese (Doutorado em Direito). 224f. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo

TEIXEIRA, Daniele Colaço Morais; CUNHA, Janio Pereira da; PIMENTEL, Maria Graziela Souza. **Supremo Tribunal Federal e Democracia**: eleição direta para a escolha dos membros da Corte Suprema. 2018.