

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I**

**CLARISSA TASSINARI**

**FERNANDO DE BRITO ALVES**

**JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO**

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 - IMED – 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 (UFSC – 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

---

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Clarissa Tassinari; Fernando de Brito Alves; José Claudio Monteiro de Brito Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-686-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

---

### **Apresentação**

Ao recebermos o convite para coordenarmos o Grupo de Trabalho “Constituição e Democracia I”, já era possível prever a “conversação multitemática” que poderia compor este momento oportunizado pelo CONPEDI Porto Alegre/RS. Os 30 anos da Constituição brasileira e o processo eleitoral recente, acontecimentos do ano de 2018 relacionados ao título deste GT, poderiam justificar a efervescência da crítica político-constitucional e o grande interesse por debates afins em um eixo temático que, dado o volume de submissões, teve de ser fracionado em dois (“Constituição e Democracia I e II”). Em um contexto como este, diante da abrangência do tema proposto para este GT, ganha destaque a diversidade de enfoques nas pesquisas acadêmicas.

Não por acaso a discussão sobre Direito e Democracia desdobrou-se em abordagens, sob diferentes perspectivas teóricas, sobre Estado, constitucionalismo e jurisdição. Controle social, participação popular, sistema eleitoral e desafios para a democracia representativa deram contornos para discussão envolvendo o projeto democrático brasileiro. Judicialização da política, ativismo judicial, acesso à justiça, coletivização de demandas, efetividade e temporalidade do processo, precedentes e efeito vinculante e diálogos institucionais foram os principais assuntos que alinharam as reflexões apresentadas neste GT junto ao tema jurisdição.

Além disso, autoritarismo, papel do Estado e de suas instituições, crise do Estado na era da globalização, fontes normativas não estatais, dinâmica entre os três Poderes, matrizes de fundamentação do agir estatal (como o utilitarismo, por exemplo) e a livre nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal feita pela Presidência foram elementos que traduziram, na forma de pensamento crítico, as preocupações que giram em torno da conformação do Estado (brasileiro). Por fim, o cenário do constitucionalismo e de suas reformulações teóricas, como as questões do novo constitucionalismo latino-americano e da importância dos princípios constitucionais, também fizeram parte dos diálogos propostos.

Como se pode perceber através da breve síntese formulada acima, com os principais temas dos artigos apresentados no dia 15 de novembro de 2018, o que o leitor poderá “desbravar”

na sequência é uma série de caminhos para refletir sobre um tema comum – crises, transformações e alternativas para o constitucionalismo brasileiro e para sua fundamentação teórica. Eis o desafio, lançado para todos nós, que ousamos pensar o Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA / CESUPA

Profa. Dra. Clarissa Tassinari – UNISINOS

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](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **DISCUTINDO A INVESTIDURA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

## **DISCUSSING THE INVESTITURE OF THE MINISTERS OF THE SUPREME FEDERAL COURT**

**Diogo Lopes Cavalcante  
Higor Oliveira Fagundes**

### **Resumo**

O presente artigo tem por objetivo discutir o mecanismo de investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal dos artigos 84 (inciso XIV) e art. 101 da Constituição Federal de 1988; oportunidade em que se analisa o princípio da separação dos poderes. Ora, a atual forma de investidura dos Ministros da Suprema Corte, por indicação do Poder Executivo e ratificação pelo Poder Legislativo, suscita questionamentos sobre possível interferência política; fato analisado a luz da própria composição atual da corte. Estudo que culmina com a apresentação das atuais propostas de emendas à Constituição que estão em trâmite no Congresso Nacional

**Palavras-chave:** Separação dos poderes, Supremo tribunal federal, Ministros, Investidura, Interferência política

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this article is to discuss the investiture mechanism of the Ministers of the Federal Supreme Court of Articles 84 (subsection XIV) and art. 101 of the Federal Constitution of 1988; with principle of the separation of powers. The current form of investiture of the Justices of the Supreme Court, by indication of the Executive Branch and ratification by the Legislative Power, raises questions about possible political interference; fact analyzed in light of the current composition of the court. This study culminates in the presentation of the current proposals for amendments by the National Congress

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Separation of powers, Federal court of justice, Ministers, Investiture, Political interference

## INTRODUÇÃO

O presente artigo correlaciona o princípio da separação de poderes com o mecanismo de investitura dos ministros do Supremo Tribunal Federal por indicação do chefe do Poder Executivo seguido por ratificação do Poder Legislativo.

Ora, corporificando a teoria de Montesquieu, a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 2º que “*que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*” Mecanismo de tripartição de poderes, todavia, em que se assegura equilíbrio, de tal forma que nenhum dos poderes possa prevalecer sobre o outro e de modo que não se permita abuso no exercício das atribuições; o que é garantido pelo chamado sistema dos freios e contrapesos.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, é o guardião da Constituição Federal, além de corte mais alta do Poder Judiciário no Brasil. Seus membros, em um total de 11 (onze) ministros, precisam ostentar, para além de notável saber jurídico e reputação ilibada, imparcialidade técnica e independência política. Fato que se contrapõe a um suposto excesso de discricionariedade do Presidente da República na sua indicação.

Inevitável problematizar, portanto, quanto a quebra de autonomia política e técnica dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Inevitável hipótese positiva desse estudo que se relaciona com um estudo bibliográfico junto à teoria de separação de poderes e empírico quanto aos projetos de emenda à constituição que sugerem alternativas.

Questiona-se de forma crítica, nesse sentido, a nomeação livre de Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República; crítica, nesse sentido, do “apadrinhamento” dos Ministros com posicionamentos políticos semelhantes. O que não significa desprestígio a reputação, a competência e a história de nenhum dos ministros atuais, tão pouco os antecessores da Suprema Corte.

Razão que o presente artigo está organizado em quatro seções além da presente introdução: uma dedicada à separação dos poderes; uma dedicada ao mecanismo de investitura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; uma dedicada aos projetos de emenda à Constituição da matéria; e as considerações finais.

## 1. SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes surgiu com a finalidade de impedir o arbítrio e desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do homem, consistente na limitação do poder pelo próprio poder, evitando a concentração absoluta do poder naquele outrora conhecido como soberano.

No entanto, importante compreender que a expressão “separação dos poderes” está tecnicamente incorreta, visto que o poder do Estado é uno e indivisível. Ora, a separação, em verdade, corresponde a uma divisão de funções ou atribuições estatais entre órgãos autônomos entre si:

[...] a tripartição não enseja divisão, apenas atribuições de competências específicas, o poder continua sendo unitário apenas suas funções são repartidas com o intuito de coibir o arbítrio, destarte, os doutrinadores atuais têm continuamente rechaçado o codinome ‘separação dos poderes’ ou a variante "divisão dos poderes", tendendo a aceitar pacificamente o título "separação das funções estatais". O poder estatal é uno e indivisível, repartese apenas as atribuições. (LYRA, 2001)

Esse poder dito político, por sua vez, tem sua formulação teórica na antiguidade clássica, em Aristóteles (382-322 a. C.), como marco teórico fundamental da matéria. Em sua obra “A Política” afirmava Aristóteles que:

Em todo governo existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar de maneira mais conveniente. Quando estes três partes estão bem, acomodados, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfaze-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição (ARISTÓTELES, 1998, p. 242-243)

Entretanto, a estruturação propriamente dita do princípio da separação dos poderes decorre de Montesquieu, responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes do Estado. Em seu livro “O Espírito das Leis” afirma que tais funções estão profundamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentemente entre si, como se pode verificar na seguinte passagem:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o

de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

(...) O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer.

(...) Os outros dois poderes poderiam ser dados antes a magistrados ou a corpos permanentes, porque não são exercidos sobre nenhum particular; sendo um apenas a vontade geral do Estado, e o outro a execução desta vontade geral. (MONTESQUIEU. 1996, p. 168-169).

A ideia para o autor foi de um mecanismo que descentralize e impossibilite o Poder sem limites, para alcançar a forma de Governo ideal. Por isso se faz necessária a divisão em três esferas, O Poder Legislativo, Executivo e o Poder Judiciário, sendo esta adotado pelo Brasil, consagrada pela Constituição Federal. Dessa Forma, é de bom lembrar que a separação dos poderes é tida como garantia de existência de um regime democrático.

Atualmente o Brasil está adequado à teoria de Montesquieu previsto no art. 2º da Constituição Federal, sendo estes, o Poder Executivo que administra o governo de fato; o Poder Legislativo, composto por câmara de senado e deputados; e o Poder Judiciário que administra a Justiça na sociedade, dirime conflitos. Observa-se que todos esses poderes têm funções que são específicas e excepcionais com o intuito de que seja objetivada a interdependência de um em relação ao outro, para assim reconheça o Estado Democrático de Direito e à manutenção do organismo estatal.

Conforme acima citado, extrai-se que uma das regras básicas deste princípio é a harmonia entre os poderes; portanto, não se admite a interferência de um Poder sobre o outro. Em regra, dessa forma, não se admite o exercício de uma função de um Poder por outro, muito menos a desobediência pelo poder de sua competência Constitucional.

Referente à independência dos poderes prevista pela Constituição Federal Brasileira, dissertou com grande autoridade José Afonso da Silva:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder

Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juizes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária. (SILVA. 2005 p. 110)

Enfim, o princípio da separação dos poderes se baseia no controle da independência e na harmonia entre os poderes com objetivo de preservar o Estado Democrático de Direito, eliminando a possibilidade de retorno do arbítrio, do despotismo e da ditadura, no qual tão comuns no período do absolutismo. Deve-se assim buscar o equilíbrio entre os Poderes, para que um seja complementado pelo outro, segundo Montesquieu:

[...]o objetivo último da ordem política, para Montesquieu, é assegurar a moderação do poder mediante a ‘cooperação harmônica’ entre os Poderes do Estado funcionalmente constituídos (legislativo, executivo e judiciário) com o escopo de assegurar uma eficácia mínima de governo, bem como conferir uma legitimidade e racionalidade administrativa à tais poderes estatais, eficácia e legitimidade essas que devem e podem resultar num equilíbrio dos poderes sociais. (SILVA. 2005 p. 110)

## **1.1 Poder Legislativo**

O Poder Legislativo está disposto nos artigos 44 a 75 da Constituição Federal, dentre suas diversas funções, possuem as funções típicas atinentes ao poder de legislar e fiscalizar, e as funções atípicas referente ao poder de administrar e julgar, de modo a não se impor a vontade única de apenas um órgão.

No Brasil adota por força constitucional o regime chamado bicameralismo, no qual se divide em duas casas. A primeira, Câmara dos Deputados, é composta por representantes do povo, e a segunda, o Senado Federal, representando os Estados-membros e o Distrito Federal, formando assim o Congresso Nacional, tal como está disposto no artigo 44 da Constituição Federal.

A Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo, com deputados eleitos pelo sistema de voto proporcional, em número de oito a setenta membros por Estados e Distrito Federal, totaliza quinhentos e treze deputados federais, com mandato de quatro anos, e suas atribuições consta expressa no artigo 51 da Carta Magna.

O Senado Federal por sua vez, é o órgão legislativo federal, eleitos pelo escrutínio majoritário, em número de três membros por Estado e Distrito Federal, são eleitos para mandato de oito anos, renovando-se a representação de quatro em quatro anos, totalizando

oitenta e um senadores, cuja suas atribuições estão definidas no artigo 52 da Constituição Federal.

Desta forma, o Poder Legislativo é o mais democrático e representativo dos três poderes do Estado, nesse sentido José Afonso da Silva afirma:

No bicameralismo brasileiro, não há predominância substancial de uma câmara sobre a outra. Formalmente, contudo, a Câmara dos Deputados goza de certa primazia relativamente à iniciativa legislativa, pois é perante ela que o Presidente da República, o Superior Tribunal de Justiça e os cidadãos promovem a iniciativa do processo de elaboração das leis. (SILVA, 2010, p. 510).

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 59 as funções legislativas, elencando atos normativos primários bem como normas e leis mais complexas que instituem direitos e criem obrigações. Dentre estes vejamos:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Podemos afirmar também, que as funções legislativas outorgadas ao Congresso Nacional, não se refere apenas na elaboração de leis, mas também em modifica-las e revoga-las, para que assim se satisfaça a constitucionalidade e validade dos efeitos das normas.

Destarte o Poder Legislativo possui grande importância, para garantir a Democracia que vivemos, pois conforme vimos as leis representam ou pelo menos deveria representar os anseios do povo.

## **1.2 Poder Judiciário**

O Poder Judiciário está disciplinado nos artigos 92 a 126 da Constituição Federal. Como guardião das leis, possui função jurisdicional sendo responsável por interpretar e julgar as causas de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Sua presença é primordial para a composição de um Estado Democrático de Direito, assegurando a ordem social. Neste sentido leciona Uadi Lammêgo Bulos:

O Judiciário, nos moldes do texto de 1988, é um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas. Sua independência e imparcialidade, asseguradas constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas. (BULOS, 2009 p. 1122).

Desse modo, é preciso um órgão independente e imparcial para exercer sua função de guardião das leis, pois como afirmou Zaffaroni, “a chave do poder judiciário se acha no conceito de independência”. Com esta finalidade a Constituição de 1988 atribui ao Poder Judiciário, garantias constitucionais institucionais e garantias constitucionais funcionais.

Assim a respeito de tais garantias, Uadi Lammêgo Bulos afirma que:

Ambas essas garantias não são privilégios ou benesses, mas sim instrumentos de imparcialidade e autonomia, existentes em defesa dos próprios jurisdicionados. Inexistem para servir a esquemas. Objetivam salvaguardar o interesse público, pois quem tiver uma prerrogativa a defender em juízo nelas encontrará o reduto necessário ao exame imparcial de suas pretensões. (BULOS, 2009 p. 1128).

As garantias institucionais Segundo Alexandre de Moraes (2002 p.450), “dizem respeito à Instituição como um todo, ou seja, garantem a independência do Poder Judiciário no relacionamento com os demais poderes”. Já as garantias constitucionais funcionais asseguram aos membros do Judiciário a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, e não se caracterizam como privilégios, mas sim como meio de assegurar o livre desempenho de suas funções, preservando sua independência e imparcialidade necessária para julgar.

Todas as garantias, portanto, são imprescindíveis à continuidade da Separação dos Poderes, e sua omissão e limitação através de obstáculos inconstitucionais podem permitir pressões dos demais poderes, impedindo o controle da legalidade.

### **1.3 Poder Executivo**

O Poder executivo é composto pelo Presidente da República e pelos ministros de Estados que são indicados pelo mesmo. Previsto no art.76 da Constituição Federal que dispõe que “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”. Compete assim ao Presidente, o exercício de Chefe de Estado representando o país externamente, e a de Chefe de Governo sendo responsável pela administração Federal.

José Afonso da Silva sobre o Poder Executivo aduz que: “Pode-se dizer, de modo geral, que se trata de órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração” (SILVA. 2005, p. 112)

O sistema presidencialista no Brasil iniciou-se com a primeira Constituição da República, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, e manteve-se nas constituições seguintes, sendo sido assim por quase toda a sua história republicana. O país somente foi parlamentarista por um curto período, na vigência da Constituição de 1946. Porém, tal sistema foi revogado pela Emenda Constitucional nº 6/1963, retornando-se ao presidencialismo.

Tendo adotado o sistema presidencialista, as funções do Presidente da República estão descritas no art. 84 da Carta Magna, juntamente com a atribuição a indicação dos Ministros do Supremo.

Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:  
XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei.

Deste modo ao Chefe do Poder Executivo cabe indicar a totalidade dos membros da Suprema Corte mediante critérios previstos constitucionalmente, sendo eles: idade entre trinta e cinco a sessenta e cinco anos; ser brasileiro nato podendo gozar de seus direitos políticos e obter notável saber jurídico e reputação ilibada.

Infelizmente o presidencialismo no Brasil é caracterizado pelo predomínio do Poder Executivo sobre os demais poderes, acentuando cada vez mais o poder pessoal do Presidente. Neste sentido, sobre o presidencialismo, Dalmo de Abreu Dallari afirma:

O principal argumento que se usa contra o presidencialismo é que ele constitui, na realidade, uma ditadura a prazo fixo. Eleito por um tempo certo e sem responsabilidade política efetiva, o Presidente da República pode agir francamente contra a vontade do povo ou do Congresso sem que haja meios normais para afastá-lo da presidência. O impeachment, geralmente previsto nos sistemas presidenciais, é uma figura penal, que só permite o afastamento do presidente se ele cometer um crime. E é perfeitamente possível que o presidente, adotando uma política inadequada, mas sem praticar qualquer ato delituoso, cause graves prejuízos ao Estado, não havendo, nessa hipótese, como retirá-lo da presidência e impedir a manutenção da política errônea. Além disso, como o presidente necessita de base legal para seus atos mais importantes, sobretudo para efetuar despesas, é indispensável que ele mantenha relações com o legislativo. E a prática tem demonstrado, segundo se argumenta, que o executivo, mais forte do que o legislativo, obtém deste o que quiser, agindo como verdadeiro ditador. (DALLARI, 2007 p. 246).

Isto posto observa-se que o Presidente do Brasil em vista das demais dos demais países que possuem sistemas presidencialistas, concentra muito poder, a exemplo do

Reino Unido, onde o monarca é Chefe de Estado e o primeiro-ministro é Chefe de Governo, e da Alemanha, onde as funções são ocupadas, respectivamente, pelo presidente e o chanceler.

## **2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA INVESTIDURA**

A Suprema Corte do Brasil se originou na época Colonial em 1808, passando respectivamente a Casa da Suplicação do Brasil, Supremo Tribunal de Justiça e finalmente em 1890 através do decreto nº848 como Supremo Tribunal Federal (STF).

Conforme disposição constitucional o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros nomeados pelo Presidente após aprovação do Senado, dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco, com notável saber jurídico e reputação ilibada.

A Constituição Federal deixou lacunas, ou uma cláusula geral indeterminada, ao elencar “notável saber jurídico” e “reputação ilibada” com requisitos aos membros do Supremo. Atribuições subjetivas e complexas:

O recrutamento ou cooptação de nomes para compor o mais alto tribunal de um país (...) tem sido sempre objeto de grande discussão. Embora haja várias opções distintas e legítimas, do ponto de vista da preservação da capacidade técnica e imparcialidade dessas instituições, há fórmulas que nitidamente não atendem as salvaguardas mínimas. É o caso da fórmula brasileira (...) apesar de o modelo ter funcionado, em geral, de maneira adequada, há gravíssimas deficiências que deveriam ser evitadas como a possibilidade de mudança de grande parte da Corte em brevíssimo espaço de tempo, potencializando a mudança brusca da base jurídica (direito constitucional) do país. Também é um problema a escolha unipessoal, que beira o arbítrio, do Presidente da República, quanto aos nomes para compor o STF. (VALENTE, 2014, p. 04).

O Supremo Tribunal Federal está localizado no topo do Poder Judiciário, detentor de competência para decidir, em última instância, sobre questões de ordem constitucional, e também de competência de natureza originária e recursal. Conforme o art. 102 da Carta Magna compete processar e julgar originariamente seus próprios ministros nas infrações penais comuns, o presidente da República, o vice-presidente, os membros do Congresso Nacional e o procurador-geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os ministros de Estado, dos Tribunais Superiores e os do Tribunal de Contas da União e entre outras, mas, sua principal função é a guarda da Constituição Federal.

A forma de composição do Supremo Tribunal Federal foi influenciada pelo modelo americano, que é ancestral, são mais de duzentos anos desde sua implantação nos Estados Unidos e mais de 100 anos no Brasil. A indicação ocorre por meio do Presidente da República, sendo subsequentemente aprovada pelo Senado Federal pela maioria absoluta, conforme o artigo 8<sup>a</sup>, inciso XIV e artigo 101 da Constituição Federal.

Nota-se um elevado grau de liberdade no processo de escolha, devendo os mesmos ser escolhidos entre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, reputação ilibada, notável saber jurídico, não sendo exigida formação na área de Direito, condições não fáceis de evidenciar e definir objetivamente.

Não obstante, a vitaliciedade, foi utilizada, a priori, para garantir a independência do magistrado ao realizar suas funções, ou seja, impossibilitando a chance de ser exonerado do cargo por conta de sua função. Em razão disso, ele ficará no cargo até a sua aposentadoria compulsória, aos 70 anos de idade, ou o mesmo renuncie ou se aposente voluntariamente.

Atualmente, a Suprema Corte é composta pelos seguintes Ministros:

- Ricardo Lewandowski, foi indicado por Luiz Inácio Lula da Silva, tomou posse em 16 de março de 2006;
- Celso de Mello – Decano, foi indicado por José Sarney (1895-1990), tomou posse em 17 de agosto de 1989;
- Marco Aurélio de Mello foi indicado por Fernando Collor de Mello (1990-1992), tomou posse em 13 de julho de 1990;
- Gilmar Mendes foi indicado por Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), tomou posse em 20 de junho de 2002;
- Carmem Lucia foi indicada por Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), tomou posse em 21 de junho de 2006;
- Dias Toffoli – Vice Presidente, foi indicado por Dilma Rousseff, e tomou posse em 23 de outubro de 2009;
- Luiz Fux, indicado por Dilma Rousseff, e tomou posse em 03 de março de 2011;
- Rosa Weber foi indicada por Dilma Rousseff, e tomou posse em 19 de dezembro de 2011;
- Luiz Roberto Barroso, indicado por Dilma Rousseff, tomou posse em junho de 2013;
- Luiz Edson Fachin, foi indicado por Dilma Rousseff, tomou posse em junho de 2015.
- Alexandre Moraes, foi indicado por Michel Temer, tomou posse em 22 de março de 2017.

Outro fato que também é alvo de questionamentos é o papel do Senado Federal, devido a sua inércia e submissão nas indicações dos Ministros. Ao longo de sua história o Senado Federal rejeitou apenas cinco indicações do Presidente da República ao cargo de Ministro.

No Brasil, a sabatina é considerada mera formalidade e pouco se acredita na possibilidade de não se aceitar uma indicação do chefe do Poder Executivo. A histórica inércia do Senado na aprovação dos nomes muitas vezes torna apenas protocolar o exame da indicação. Frequentemente aquela casa não toma para si uma responsabilidade fundamental do parlamento, em descompasso com seu papel constitucional, aprovando de modo automático o nome que lhe é submetido pelo Presidente.

Em verdade, como alguns defendem, são três momentos no processo de escolha do Ministros: indicação, sabatina, nomeação. Nesse sentido:

A [Constituição Federal](#) estabelece que cabe ao Presidente da República a nomeação, após a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Dessa forma, o ato do Presidente é o último e não o primeiro como ainda cremos. Na verdade, são três atos: Indicação, Escolha pelo Senado e Nomeação pelo Presidente da República. Logo, há uma lacuna constitucional, pois não se definiu quem indica para a escolha pelo Senado, a qual é conhecida como sabatina. Atualmente, estamos confundindo nomeação com indicação. Não se nomeia para escolher, mas sim o contrário, escolhe-se pelo Senado para ser nomeado pelo Presidente da República (MELO, 2011)

Exposto o papel do Senado Federal na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, cabe agora elencar as proposições em tramitação no Congresso Nacional no propósito de aprimorar o sistema brasileiro vigente, a fim de assegurar um equilíbrio entre legitimidade, independência e isenção de seus magistrados, a fim de assegurar a legitimidade da jurisdição constitucional.

### **3. PROJETOS DE LEI VOLTADOS PARA A MUDANÇA**

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional algumas propostas de emenda à Constituição, com o propósito de alterar cujo objeto é alterar o atual modelo de composição do Supremo Tribunal Federal, a fim de assegurar um equilíbrio entre legitimidade, independência e isenção de seus magistrados.

De acordo com informações obtidas no site oficial do Senado Federal, existem no mínimo 16 propostas que visam alteração do artigo 101 da Constituição Federal, que preveem mudanças na forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Destas vale destacar duas dessas Propostas de Emendas Constitucionais, por estarem em fase mais avançada de análise pelo Senado e por invocarem mudanças mais significativas.

A primeira delas é a PEC nº 35/2015, de autoria do Senador Lasier Martins, a qual já está em discussão no Plenário dessa casa legislativa. Essa PEC visa modificar a redação

do caput art. 101 da CF, incluindo que o candidato à indicação deve possuir, além da reputação ilibada e do notável saber jurídico, a comprovação de quinze anos de atividade jurídica, no mínimo.

Além disso, a nova redação do dispositivo inclui alguns parágrafos. O primeiro parágrafo informa que o Presidente da República escolherá o novo ministro dentre os mencionados em uma lista tríplice a ser elaborada por um colegiado de membros indicados nos incisos. Os parágrafos segundo e terceiro aduzem que o mandato dos ministros será de dez anos, vedada a recondução, e que esses magistrados serão inelegíveis para qualquer cargo eletivo, até cinco anos após o término do mandato.

Já a PEC nº 44/2012, de autoria do Senador Cristovam Buarque, ainda tramita na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A modificação que esta proposta pretende trazer diz respeito à necessidade de candidato ao cargo, além do notável saber jurídico e da reputação ilibada, ser integrante de carreira jurídica.

Nesta hipótese, será elaborada uma lista sêxtupla composta por dois nomes indicados pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal, dois indicados pelo Conselho Nacional de Justiça, um indicado pela Câmara dos Deputados e um indicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por fim, a participação do Presidente da República se limitará a escolher três nomes dentre os seis especificados na referida lista sêxtupla e, após arguição pela CCJ do Senado e posterior aprovação por maioria qualificada do Plenário desta casa, nomear o candidato escolhido.

A ideia em muitas propostas, portanto, é tentar profissionalizar ou tornar mais técnico o mecanismo de nomeações:

O Supremo Tribunal Federal não é local para fazer política pública de cotas, não é lugar para premiar Ministros de Estado, ou altos funcionários do governo, não é lugar para recompensar advogados ou consultores do governo. Não é lugar para contemplar grupos políticos partidários ou para praticar fisiologismo ideológico. Mais do que nunca o Senado deve estar atento para o dever de exercer, com seriedade e eficácia, a competência que a [Constituição](#) lhe confere. (FIGUEIREDO; DALLARI, 2006)

Assim sendo, nota-se que as referidas Propostas de Emendas Constitucionais ainda sim deixam ao Presidente da República e do Senado Federal a aprovação e nomeação do Ministro do Supremo Tribunal Federal. Contudo a indicação passará nas mãos do Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Entretanto, as propostas de emenda à Constituição ainda se apresentam muito tímidas e insuficientes acerca da matéria, como reconhece a doutrina a luz do Direito Comparado :

No propósito de aprimorar o sistema brasileiro vigente, o Direito Comparado oferece uma ampla gama de medidas que poderiam ser adotadas para conferir mais legitimidade ao processo de escolha dos Ministros do STF. Particularmente, afiguram-se como pertinentes no Brasil: a escolha dos candidatos compartilhada pelo Executivo, Legislativo e Judiciário; a estipulação de critérios mais específicos de qualificação pessoal e profissional; a arregimentação de pelo menos parte dos candidatos entre categorias profissionais determinadas (magistratura, Ministério Público, advocacia, professores universitários); e o estabelecimento de uma quarentena para o exercício de atividade política, cessado o exercício do cargo. Alternativamente, a elevação do quorum para aprovação pelo Senado dos candidatos ao STF, para dois terços, poderia ser levada a cabo sem grandes alterações institucionais e permitiria formular um consenso mais amplo sobre as nomeações de Ministros do tribunal. (TAVARES FILHO, 2006)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve por finalidade analisar a indicação dos Ministros do Supremo Tribunal pela Constituição à luz do princípio da Separação dos Poderes prevista constitucionalmente.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal atua como última instância de outros tribunais, bem como realiza, privativamente, o controle de constitucionalidade abstrato de leis. Atua, portanto, em atos que digam respeito a matérias com evidente repercussão política de cunho constitucional, em que não há partes diretamente interessadas no julgamento, tais como: a separação dos poderes, o pacto federativo, os direitos fundamentais.

Por disposição constitucional, quem indica e nomeia os Ministros é o Poder Executivo, com aprovação posterior por maioria absoluta dos membros do Senado Federal. Mecanismo consistente, portanto, em feios e contrapesos, em uma hipótese constitucionalmente aceita de interferência de um poder em outro, como forma de impedir abuso em exercício de atribuições.

Contudo nesse processo não tem atendido de forma adequada a finalidade da norma constitucional de interpenetração entre os poderes. Na realidade, verificamos que essa atual forma de investidura dos Ministros tem permitido a interferência do Executivo no Judiciário, com julgadores escolhidos pelo apadrinhamento e não por razões de ordem

técnica. Claro que no atual modelo, dentro outras consequências que podem se apresentar mais graves, está o favorecimento de julgamentos em favor da União como parte.

A atribuição dada ao Presidente da República na escolha dos Ministros da Suprema Corte, nesse sentido, apresenta-se demasiadamente subjetiva; ou seja, os critérios estabelecidos no art. 101 Constituição Federal não permitem um controle eficiente das indicações.

Razão que se pode observar ingerências realizadas pelo Poder Executivo nos outros dois Poderes. Tais interferências facilitam o fomento da corrupção gerando, numa reação em cadeia, crise da democracia participativa brasileira.

Desta forma, voltado a maior transparência e democracia, em independência de influências políticas no processo de escolha dos Ministros da Suprema Corte, necessárias certas mudanças voltadas para o princípio da impessoalidade e devido processo legal.

Todavia, seria muita pretensão imaginar que qualquer processo de mudança possa eliminar o fator humano, a influência de questões de ordem moral nas ações e julgamentos dos postulantes a Ministros do Supremo Tribunal Federal:

Se a escolha é constitucional, pouco importarão as decisões de tais ministros, pois a legitimidade estará pautada no procedimento e nada mais haverá para se discutir. Alguns autores utilizam a moral com o senso guardado no justo para dizer se uma decisão é legítima ou não. Mas percebe-se que tal metodologia é inócua, uma vez que cada cidadão tem sua percepção de moral e justiça. Sendo assim, o que é justo para um poderá ser injusto para outro. (SILVA; REINERT, 2012)

Por outro lado, as propostas de emenda à Constituição voltadas a mudança do modelo de investitura dos Ministros parece não corrigir os problemas, além de se voltar perigosamente para questões de ordem corporativista, com indicações realizadas por conselhos de classe.

Não se pode, por fim, deixar de reconhecer que vários dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal da atualidade apresentam reconhecido conhecimento de ordem constitucional, como professores renomados como Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Luis Roberto Barroso, isso para não citar o civilista Luiz Edson Fachin.

## REFERÊNCIAS

AIDAR, Carlos Miguel. **Democratizando as indicações ao STF**. Gazeta Mercantil, São Paulo, 03 jul. 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p.112.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Del Rey, 2009.

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

LYRA, Ivanilda Figueiredo. A separação das funções estatais e o controle do Supremo Tribunal Federal em face das normas editadas pelo legislativo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2378>> Acesso em: 17 ago. 2018.

MELO, André Luís Alves de. Quem indica o futuro Ministro do STF? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2779, 9fev.2011. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/18457>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168-169.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; REINERT, Larissa Friedrich. A legitimidade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal: Uma análise à luz da doutrina de Niklas Luhmann. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11036&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11036&revista_caderno=9)>. Acesso em 20 ago. 2018.

TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos ministros do supremo tribunal federal. **Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados**, Consultoria Legislativa, Abr. 2013. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1596/democratizacao\\_processo\\_tavares.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1596/democratizacao_processo_tavares.pdf?sequence=1). Acesso em:20 ago. 2018.

VALENTE, Christoper Elias. **Composição do STF: da escolha política à legítima.** 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,composicao-do-stf-da-escolha-politica-a-legitima,46711.html>>. Acesso em: 22 ago. 2018.