

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

CLAUDIA MARIA BARBOSA

JOSÉ BARROSO FILHO

MARCO FILIPE CARVALHO GONÇALVES

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P769

Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; José Barroso Filho; Marco Filipe Carvalho Gonçalves
– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-496-9

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

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão Judiciária. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI foi sediado na Universidade do Minho, na cidade de Braga, em Portugal, durante os 7 e 8 de setembro de 2017, sendo que o grupo de trabalho denominado “Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça I” desenvolveu a sua atividade no dia 8 de setembro de 2017.

Este grupo de trabalho contou com a apresentação de trabalhos muito interessantes, centrados, fundamentalmente, na questão da necessidade de mudança do sistema judiciário para uma prestação jurisdicional efetiva diante do demandismo processual, na proposta de desenvolvimento de um modelo de governança e de participação do povo no processo brasileiro de interpretação constitucional, na discussão da atuação do poder judiciário na democracia representativa brasileira vigente, no problema do poder político do Supremo Tribunal Federal e subsequente necessidade de desenvolvimento de uma nova etapa na concretização da democracia brasileira, na análise dos avanços e dos desafios que se colocam no domínio do voto eletrônico na legislação brasileira, na possibilidade de inovação em governança no sistema judiciário brasileiro e na comparação, sob o prisma da igualdade na diferença, dos sistemas judiciários português e brasileiro.

A multiplicidade de problemas que se colocam no domínio da política judiciária, bem como da gestão e administração da justiça, demonstram à saciedade a importância desta temática sob o prisma da tutela jurisdicional efetiva, enquanto expressão da procura de soluções que permitam garantir aos cidadãos o acesso a uma justiça mais célere, eficiente e equitativa. Os desafios para alcançar uma justiça efetiva nos impõem pontos de vista distintos e soluções inovadoras, condições que o diálogo e a troca de experiências que o Conpedi e a Universidade do Minho propiciaram com inigualável intensidade.

É exatamente por essa razão que os trabalhos aqui publicados constituem um contributo muito importante para a reflexão em torno da efetividade da tutela jurisdicional.

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa (PUCPR)

Ministro Dr. José Barroso Filho (STM – ENAJUM)

Prof. Dr. Marco Filipe Carvalho Gonçalves (CEDU – Universidade do Minho)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O PODER POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E UMA NOVA
ETAPA NA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA**
**THE POLITICAL POWER OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND A NEW
STAGE OF CONCRETIZATION OF BRAZILIAN DEMOCRACY**

Luiz Nunes Pegoraro ¹
Diego Fernandes Cruz Villela ²

Resumo

O artigo objetiva analisar o poder político do Supremo Tribunal Federal para revelar a necessidade de mudança na composição da instituição em uma nova etapa de concretização da democracia brasileira. A pesquisa realizada possui caráter exploratório e se baseia na coleta de informações bibliográficas sobre o tema. Parte-se de conceitos atuais de direito e política para identificar o poder político do Supremo e o espaço que ele ocupa no sistema político brasileiro. Por fim, pondera-se sobre as possibilidades de mudança na composição da instituição como incremento democrático, sem que isso implique em o prejuízo à atividade de controle constitucional.

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Poder político, Questões políticas, Judicialização da política, Tribunal constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the political power of the Federal Supreme Court to reveal the need for a change in the composition of the institution in a new stage of the Brazilian democracy. The research is exploratory and is based on the collection of bibliographic information on the subject. It identifies the political power of the Supreme and the space that it occupies in the Brazilian political system. Finally, we ponder on the possibilities of change in the composition of the institution as a democratic increment, without this implying in the prejudice to the activity of constitutional control.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal supreme court, Political power, Political issues, Political judicialization, Constitutional court

¹ Doutor em Ciências da Reabilitação pela USP; Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Público pela ITE; Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE)

² Mestrando em Direito na área de concentração “Sistema Constitucional de garantias de Direitos” mantido pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP; Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF) é uma das instituições mais importantes da República brasileira já que possui a tarefa de guarda da Constituição Federal. Seja atuando como instância final do Poder Judiciário (controle difuso de constitucionalidade), ou como Tribunal Constitucional (controle concentrado de constitucionalidade) o Supremo possui o objetivo de zelar pela supremacia constitucional e pela segurança da ordem jurídica.

Cabe ao Supremo coibir o retrocesso democrático e preservar as demais instituições criadas, vigiando-as e limitando o seu poder nos contornos definidos pela Constituição, para que o ordenamento criado se mantenha estável e sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais estampados em posição de destaque no diploma constitucional.

E para que a instituição possa cumprir essa missão, o constituinte consagrou no Brasil a doutrina da separação dos poderes, na qual o Poder Judiciário possui a tarefa de controlar a legalidade e constitucionalidade dos atos do Poder Público. Ocorre que na visão clássica da teoria da separação dos poderes, o Judiciário não é encarado como um titular ou operador genuíno do poder político do Estado, que se concentra entre os Poderes Executivo e Legislativo. Mas será que é possível separar totalmente os poderes do Estado? Será que o Poder Judiciário – nele incluído o STF – é totalmente destituído de uma margem política de atuação?

Em face da submissão cada vez maior de questões de cunho eminentemente político ao Poder Judiciário – que serão fatalmente julgadas, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal – existiria algum vício de legitimidade? Ou seja, se na teoria o Judiciário não é um operador do poder político (que é atribuído a representantes eleitos pelo povo), poderia ele julgar questões políticas? Existiria alguma ofensa ao princípio democrático?

Diante dessas questões o presente estudo irá explorar, baseado na pesquisa bibliográfica, a margem de poder político que é conferido ao Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de revelar eventual necessidade de mudanças na composição e no papel do Supremo Tribunal Federal.

A questão merece atenção tendo em vista o reflexo que as decisões do Supremo em questões políticas geram na sociedade. Ademais, ao entender-se que a política é indissociável

do direito e inerente às decisões do Supremo, especialmente no controle de constitucionalidade, surgirá a necessidade de se atentar para a composição da instituição e a investidura de seus membros, em uma nova etapa de concretização do princípio democrático.

Nesse passo, o trabalho segue dividido em três partes. Na primeira irá se analisar a relação entre direito e política e como ela se dá no âmbito do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, para que se possa identificar onde a política está presente nesse sistema enxergando melhor o papel do STF no ordenamento brasileiro.

Na segunda parte, será rapidamente analisada a questão da judicialização da política para que se possa demonstrar que o Supremo também faz parte do sistema político brasileiro. Em seguida serão feitas algumas considerações acerca da legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário para que seja evidenciada e compreendida a necessidade de uma alteração na composição – e até no âmbito de competências – do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, serão feitas sugestões de alterações no Supremo para que se entenda adequadas, utilizando-se como paradigma modelos já consagrados na Europa, para que se possa iniciar uma nova etapa na concretização da democracia brasileira.

Destaca-se que o presente texto não possui qualquer pretensão de esgotar o assunto ou formular posições acabadas, mesmo porque a complexidade do tema não permite que isso seja feito no reduzido espaço destinado a um artigo. A presente pesquisa serve, assim, de base para que o leitor reflita e formule seus próprios raciocínios e conclusões para que se promova o debate de ideias e pensamentos diversos que constitui a base de uma democracia, pois o fomento à maior e melhor participação de toda sociedade na determinação das diretrizes políticas do país é uma das razões que inspiraram a o presente estudo.

1 – Direito, política e seu encontro no Supremo Tribunal Federal

Direito e política, embora distintos, possuem diversos pontos em comum, sem que a linha divisória entre eles seja sempre clara ou fixa (MENDONÇA, 2009, p. 212). A dificuldade em enxergar essa separação, já se inicia na definição de um conceito atual que esgote tanto o que é o direito quanto o que é a política.

No meio científico inexistia uma interpretação consensual do que deve se compreender por política. No passado, Hegel, Tocqueville, Marx, Rousseau e Arendt, já se debruçaram sobre a questão e as divergências nos resultados de cada reflexão foram inúmeras (COLIOT-THÉLÈNE, 1999, p. 7-18). Isso ocorreu – e continua a ocorrer – porque os entendimentos sobre o que é política podem se pautar em diversas abordagens. O foco pode ser no local (sociedade) que está sendo estudado ou no processo de instituição; se confinar à análise de uma limitada ou ampla gama de instituições ou processos; e também se pautar pela busca de padrões gerais ou histórias particulares de determinado grupo social. E quanto mais amplos forem esses parâmetros, mais difícil será a conceituação do que é política. (LEFTWICH, 2004, p. 17).

O mesmo acontece com o direito. O problema da conceituação pode ter desde uma natureza metodológica – que surge ao se examinar diretamente o tema sem antes verificar as diversas acepções que o termo possui – até uma natureza filosófica, que está ligada às inclinações e influências do pensamento daquele que busca conceituar o instituto (NADER, 2016, p. 73).

Entretanto, para que se possa avançar no desenvolvimento do tema, é necessário fixar um patamar mínimo e atual do que se compreende por cada um dos termos em um Estado Democrático de Direito – aquele em que a ordem de domínio é legitimada pelo povo e a atividade é determinada e limitada pelo direito (CANOTILHO, 1999, p. 11 e 27). Vale salientar que não existe aqui qualquer pretensão de formular conceitos amplos e acabados.

Parte-se então da ideia de que a política está no núcleo do desenvolvimento dos problemas da sociedade e de seus modos coletivos de resolução, condicionando todos os aspectos da vida do ser humano. Presente entre todos os grupos sociais, instituições e órgãos, se expressa em todas as relações que tornam possível a produção e reprodução da vida social. Desse modo, a política não trata somente do governo, mas do poder e das forças que influenciam e refletem a distribuição e emprego do poder, bem como os efeitos que origina (ALARCON, 2016, p. 22-23 apud LEFTWICH, 1986, p. 264). Assim:

[...] a política pode ser analisada como um fenômeno social, que se revela como a atividade de exercício do poder ou a procura pelo acesso ao poder, com o objetivo de decidir sobre a solução dos problemas que afetam aos indivíduos em sociedade estabelecendo um modelo ou projeto de organização econômica e governamental

(ALARCON, 2016, p.24).

Por sua vez, o direito pode ser hodiernamente conceituado como “o conjunto de normas de conduta social imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os critérios de justiça” (NADER, 2016, p. 76).

Vale destacar que dentro desse conceito se entende que as normas definem os procedimentos a serem adotados pelos destinatários do direito. Além de disciplinarem o convívio social, as normas organizam o Estado e se impõe a quem detém o poder, cuidando também das relações entre as pessoas e os órgãos públicos. As normas são ainda a forma com que o direito busca alcançar a justiça, seu objetivo maior, que é concretizado a partir da segurança jurídica (idem, p. 76-77).

Com esse embasamento, é possível identificar que em um Estado Democrático de Direito os pontos de encontro com a política ocorrem tanto na criação quanto na aplicação do conjunto de normas.

No plano da criação, têm-se que o direito é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, produto da política, do exercício do poder com o objetivo de organizar a vida em sociedade. A Constituição é o resultado de decisões políticas, sendo o elemento inicial de contato da política com o direito no Estado moderno. Cabe ao pacto fundante transformar a energia política de determinada sociedade em um poder constituído, organizando esse poder em direito, dentro do Estado (BARROSO, 2013, p. 418-420).

Nesse plano, os dois institutos estão sempre ligados porque um não existe sem o outro. Ao mesmo tempo que a ordem jurídica é criada pelo Estado no exercício de seu poder político, ela impõe limites futuros ao exercício desse poder, inclusive o de modificar e criar o direito (NADER, 2016, p.129).

O outro ponto de contato entre a política e o direito reside na aplicação deste pelo Estado.

Dentro da ideologia de separação de poderes, é comum uma divisão dos poderes do Estado seguindo um caráter funcional entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Nessa divisão,

às duas primeiras instituições são atribuídas funções essencialmente políticas de criar o direito e de conduzir a país no âmbito interno e externo, respectivamente. Ao Judiciário, por sua vez, é designada a tarefa típica de interpretar e aplicar o direito e que, em tese, seria isenta da política. Entretanto, como essa não é uma atividade puramente técnica, ela não é destituída de poder político.

Afirma-se que a interpretação não é uma atividade estritamente técnica porque há muito tempo está superada a ideia de que as normas jurídicas possuem um sentido único, válido para todas as situações que regulam. A atual interpretação do direito ultrapassa esse formalismo e envolve elementos cognitivo e volitivos imbuída da filosofia pós-positivista. Cabe então ao intérprete – o Poder Judiciário – determinar o sentido e o alcance da norma (BARROSO, 2013, p. 424).

Ademais, existe a questão de que as normas não podem prever todos os casos possíveis de ocorrer na sociedade, pois isso demandaria um ordenamento jurídico livre de lacunas, contradições, inequívocos na linguagem e independente de mudanças sociais, como pontua Dieter Grimm:

[...] não há nenhuma norma jurídica, cuja aplicação não suscite, algum dia, dúvidas que precisem ser esclarecidas pelo juiz por intermédio de concretização e interpretação. Para tanto, são inevitáveis as influências da pré-compreensão, da origem e socialização, das preferências políticas e ideológicas dos juízes. Consequentemente, em todo ato de aplicação judicial do direito, elementos cognitivos e volitivos contraem uma ligação indissolúvel (GRIM, 2006, p 15).

Assim, tanto o paradigma pós-positivista de interpretação das normas quanto os “defeitos das normas” inerentes a qualquer ordenamento jurídico fazem com que o julgador se utilize de elementos cognitivos e volitivos próprios para determinar o sentido do direito.

Como afirma Mauro Cappelletti, “não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito já que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade” – ou de discricionariedade (1999, p. 23). Portanto, nos dois casos, o que acaba valendo juridicamente é determinado politicamente pelo intérprete, como fica claro na lição de Grimm:

As influências subjetivas assim vinculadas ficam delimitadas pelo método jurídico.

Todavia, não existe nenhum método interpretativo obrigatório e nem o legislador pode prescrever para o aplicador do direito determinado método. Em geral, há diferentes ideias metodológicas, de modo que a escolha entre elas já exige uma decisão. Além disso o método não é nenhum recurso tecnicamente neutro para a investigação de um sentido normativo estabelecido. Pelo contrário, na escolha do método, são tomadas pré-decisões acerca da compreensão do conteúdo das normas. Destarte, o conteúdo político da aplicação do direito é inevitável e, na mesma medida, a própria justiça se constitui em um poder político (GRIM, 2006, p. 15-16).

Em outras palavras, partindo-se de que a interpretação do direito utilizando-se de elementos cognitivos e volitivos pode ser entendida como um ato de criação deste, não há como negar a isenção da política no direito pois a criação do direito é uma atividade política. O único porém, como destaca o jurista alemão, é que por serem tomadas dentro de um ambiente normativamente restrito as decisões do Poder Judiciário no âmbito da aplicação do direito não perseguem – na teoria – objetivos políticos próprios (GRIMM, 2006, p. 16).

Desse modo, vislumbra-se uma certa margem de atuação política na atividade de todos os níveis na hierarquia criada dentro do Poder Judiciário. Entretanto, é em sua cúpula que esse fato se revela com maior intensidade e importância. No Brasil, a explicação a essa afirmação poderia ser resumida adaptando-se a célebre frase de Charles Evans Hughes (1908, p. 139)¹, pois: “a Constituição (ou até mesmo: o Direito) é o que o Supremo diz que é”².

Isso porque, o Supremo Tribunal Federal possui a palavra final na interpretação do sentido e alcance da Constituição Federal e das leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro à luz desse diploma (BARROSO, 2013, p. 424). Como as normas constitucionais são mais abertas à hermenêutica em razão do seu caráter principiológico, a Corte está muito mais sujeita à utilização de elementos cognitivos e volitivos no processo de concretização do direito, por isso, muito mais próxima da política. Vale dizer que nesse caso são poucas as limitações objetivas às interpretações subjetivas.

Dieter Grimm, aliás, afirma que a jurisdição constitucional possui como objeto de controle a própria política exercida pelo legislador infraconstitucional a medida que analisa a

¹ A frase original na íntegra é: “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution*”.

² A frase “a Constituição Federal é o que o Supremo diz que ela é” foi utilizada no voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do MS 26.602.

conformidade das leis editadas com a Constituição (2006, p. 16). Controle que o Supremo Tribunal Federal, vale lembrar, também exerce no plano difuso, por acumular as funções de suprema corte (instância final do Poder Judiciário).

Portanto, torna-se claro que política e direito não possuem limites fixos e perfeitamente delineados, não se podendo falar, assim, em uma total e inequívoca separação de poderes, vez que é indispensável ao Poder Judiciário certa margem de atuação política para a concretização do direito. Sendo também certo, que em razão de suas atribuições, essa margem de atuação política é muito maior no Supremo Tribunal Federal.

2 – A judicialização de questões políticas, o papel do Supremo e a democracia.

Fruto da necessidade de se proteger o Estado Democrático de Direito constituído, garantindo os direitos fundamentais por ele instituídos, o sistema atualmente concebido – com base na possibilidade de controle pelo Poder Judiciário da constitucionalidade das leis e também dos atos dos demais poderes estatais – conduz a uma crescente judicialização de questões políticas.

Essa judicialização é um resultado natural do ordenamento arquitetado pela Constituição e a análise de questões políticas é parte das atribuições designadas pelo constituinte ao Poder Judiciário. A provocação judicial com temas políticos é permitida como fruto da democracia em um contexto de grupos sociais distintos lutando pela garantia de direitos e conquistas políticas de seu interesse. E isso fica claro quando a Constituição Federal dispõe que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV).

Assim, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal, além de estar inserido no sistema jurisdicional brasileiro, está também arraigado no sistema político do país. Isso porque, como é ele o responsável pela palavra final na determinação do direito brasileiro – nele incluídas as questões políticas – acaba participando direta e decisivamente da construção do discurso político do país. Como se pode extrair dos ensinamentos de Marcello Caetano:

Fala-se das instituições políticas de um país para referir os princípios característicos que encontram expressão orgânica ou legislativa de tendência estável e impessoal no

regime ou no sistema governativo desse país. [...] Todo regime político e sistema de governo tende a traduzir-se em instituições através das quais perdure, adquirindo para os indivíduos o caráter de valor social superior que orienta e condiciona as vontades e não está à mercê delas (2003, p. 376).

Estas características estão presentes no Supremo. É por essa razão é que se chama atenção ao princípio democrático neste tribunal.

Canotilho ensina que o princípio democrático possui duas justificações, uma positiva e a outra negativa. A justificação positiva, que denomina de fórmula de Lincoln, se traduz em um governo do povo, pelo povo e para o povo. É uma das diretrizes informadoras do Estado, que norteia a organização da titularidade e exercício do poder político (2002, p. 287-290).

Já a justificação negativa do princípio democrático – que o mestre português denomina de fórmula de Popper – se traduz como uma forma de seleção e destituição pacífica de dirigentes. Essas maneiras de destituição daqueles investidos no poder do Estado³ assumem um papel constitutivo e organizador da ordem constitucional democrática, sendo tão importantes quanto os procedimentos eleitorais legitimadores. Canotilho destaca que essa faceta do princípio democrático é que estimula discussões “a propósito da limitação temporal de mandatos e cargos eletivos (‘problema dos dinossauros políticos’) e da capacidade de resposta do sistema político-constitucional à ‘corrupção política’” (idem, p. 291-292).

Os ministros do Supremo, apesar de participarem da construção da política brasileira, não são conduzidos ao cargo de forma democrática. A indicação para um dos onze cargos, quando vago, é feita pelo Presidente da República *ad referendum* (via sabatina) do Senado Federal (art. 101 da CF)⁴.

Importante destacar que ao longo da história do tribunal apenas cinco indicações foram rejeitadas pelo Senado. Todas no governo de Floriano Peixoto de 1891 a 1894 (MELLO FILHO, 2014, p. 19). Embora tal fato não possa ser usado como prova, ele indica que o procedimento de sabatina e aprovação é meramente formal.

³ Como o *impeachment*, *recall*, responsabilidade política, destituição e a moção de censura.

⁴ Os requisitos para a investidura no cargo: ser brasileiro nato, com idade entre 35 e 65 anos, estar no gozo dos direitos políticos e possuir notável saber jurídico e reputação ilibada. Ao completar 75 anos de idade ocorre a aposentadoria compulsória do ministro (arts. 12, §3º, IV e 101 da CF e art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Contudo, a lógica que sustenta essa composição “não democrática”, mesmo diante do poder político que possui o intérprete do direito na criação do sentido das normas, é de que as exigências técnicas e a independência necessária ao exercício da função jurisdicional⁵ não se coadunam com uma forma de legitimidade democrática baseada no sufrágio popular.

Primeiramente porque, como destaca Luigi Ferrajoli, ao se falar em democracia é preciso considerar duas dimensões. A primeira, formal, diz respeito ao método de concepção das decisões políticas que atribui ao povo o poder de, direta ou indiretamente, assumir tais deliberações. A outra, substancial, diz respeito à essência dessas decisões políticas (2015, p. 37 e 45).

Observar apenas a dimensão formal da democracia é insuficiente para garanti-la, como demonstrou a experiência nazista alemã. Por isso, no período pós-guerras mundiais, deu-se maior atenção à dimensão substancial da democracia, criando-se o paradigma da democracia constitucional como sistema de limites e vínculo subjetivo às decisões da maioria (caráter contramajoritário). Esses limites são o princípio da igualdade, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais (idem, p. 46).

Assim, se vislumbra que uma simples eleição popular dos membros do STF, embora possa ser considerada democrática, não garantiria a democracia. E justamente por possuir o dever de zelar pelos preceitos fundamentais previstos na Constituição, não há lógica na hipótese da maioria do povo eleger os ministros se uma das principais funções que o Supremo exerce na proteção desses direitos é a contramajoritária.

Outro argumento à ausência da escolha popular dos ministros do STF se revela na lição de Fábio Konder Comparato:

O povo não pode atuar, ao mesmo tempo, como acusador e julgador; ele não pode decidir, por exemplo, se a manifestação da sua vontade numa eleição, num referendo ou num plebiscito é conforme ou não à ordem jurídica, pois numa república a ninguém é lícito atuar como juiz em causa própria. É por aí que se deve entender a posição do Judiciário, na organização democrática de poderes. Ele não é nem pode ser

⁵ Não se restringindo aqui somente ao Supremo, mas todo o Poder Judiciário.

representante do povo, mas atua sempre como árbitro de todos os conflitos de interesse, inclusive quando o povo é uma das partes em causa, como demandante ou como demandado. A qualidade essencial do árbitro, escusa lembrá-lo, é a sua imparcialidade (COMPARATO, 2006, p. 678).

Entretanto, se por um lado é clara a impossibilidade de uma eleição popular dos membros do Supremo – e de todo Judiciário – é preciso enaltecer o viés de controle do princípio democrático (justificação negativa) como forma de melhor lidar com o papel e o poder político da instituição.

3 – Uma nova etapa na concretização da democracia brasileira

Levantada a necessidade de melhor lidar com o poder político do Supremo, se faz pertinente a proposição de algumas alterações que poderiam atribuir maior legitimidade à Corte, aumentando a proteção à democracia, o arejamento de ideias e a rápida adequação dos posicionamentos do tribunal às transformações da sociedade, sem prejuízo a segurança jurídica.

Já bastante difundida, a ideia de retirar do Supremo a competência de instância final do Poder Judiciário, transferindo tal atribuição ao Superior Tribunal de Justiça, parece bastante salutar. Assim, o STF se transformaria em uma Corte de jurisdição constitucional segundo o modelo Europeu.

Nessa linha, se alteraria também a forma de composição do tribunal. Como paradigma às mudanças a serem implementadas, pode ser citado o Tribunal Constitucional português, que é composto de treze juízes, dos quais dez são designados pela Assembleia da República e três são cooptados pelo juízes escolhidos. Três dos juízes designados pela Assembleia, bem como os três cooptados devem ser selecionados obrigatoriamente entre os membros dos outros tribunais do judiciário. O mandato é de seis anos, sendo permitida a renovação (FAVOREU, 2004, p. 114).

Outro referencial pode ser a Espanha. Os doze ministros que compõem o Tribunal Constitucional são nomeados pelo Rei dentro das proposições do Congresso dos Deputados (quatro membros), Senado (quatro membros), Chefe de Governo (dois membros) e pelo Conselho Geral do Poder Judiciário (dois membros). O mandato é de nove anos e não é

imediatamente renovável. Contudo, a cada três anos, renova-se um terço do Tribunal (Idem, p. 104).

Visando então fomentar o debate sobre tal mudança, entende-se que as alterações segundo os paradigmas propostos se mostram viáveis e desejáveis pois implicam a adoção de critérios pluralizadores e limitadores do poder dos membros do tribunal, inexistentes até o momento. Isso representaria um passo em direção uma nova etapa de concretização da democracia brasileira.

Não se nega aqui a importância das garantias de independência funcional dos ministros do Supremo, pois elas são indubitavelmente necessárias para o desempenho da atividade da instituição. Contudo, o atual sistema de indicações e de permanência dos ministros no cargo pode causar distorções na determinação do discurso político do país.

Cumprе anotar que a adoção desse sistema tem caráter, primeiramente, histórico. Desde a proclamação da república, quando a cúpula do judiciário brasileiro passou a ser ocupada pelo Supremo Tribunal Federal (MELLO FILHO, 2014, p. 9-11)⁶, seja sob um regime militar ou seja sob um regime democrático, a forma de nomeação dos ministros e o caráter de vitaliciedade na permanência no cargo não se alterou.

Logicamente, em cada alternância de regime político o papel da instituição e a manutenção da forma de sua composição tiveram motivos políticos diversos. Atualmente, a justificativa remonta à necessidade do Constituinte de 1988 assegurar o processo de redemocratização do país. Uma das formas que encontrou para isso foi delegar ao Supremo o papel de guarda da Constituição (art. 102, *caput* da CF), para que ele pudesse zelar pela supremacia constitucional e pela segurança da ordem jurídica, controlando a legalidade dos atos do Poder Público. Assim, o tribunal foi concebido para ser incorruptível e inacessível às influências e interesses externos.

⁶ O primeiro órgão de cúpula da Justiça brasileira foi a Casa da Suplicação do Brasil. Instituída ainda no período colonial, no ano de 1808, foi fruto da transferência da corte portuguesa ao Brasil e seguia os moldes da Casa da Suplicação de Lisboa. Já no período imperial da história brasileira, a Casa da Suplicação deu lugar ao Supremo Tribunal de Justiça, que previsto na Carta Imperial de 1824, foi instalado em 1829. (MELLO FILHO, 2014, p. 9-11).

Porém, após quase vinte anos da promulgação da atual Constituição, pode se considerar que os riscos de um novo golpe militar são remotos. Ainda que o nível de consciência política do povo brasileiro precise amadurecer bastante, os movimentos e manifestações populares ocorridos desde 1988 evidenciam a estabilização do atual modelo democrático.

Com o fim da ameaça latente de retrocesso democrático, e considerando a apontada necessidade de efetivar o viés de controle do princípio democrático como forma de lidar com o papel e o poder político do Supremo, o país pode incrementar sua democracia com as alterações propostas.

Nesse passo, pode se evitar a situação vivenciada recentemente em que dez dos onze ministros em exercício foram nomeados por membros do mesmo partido político (mesma maioria no governo). Com essa composição se torna difícil conceber que a função contramajoritária do tribunal não ficou ameaçada se considerado que as nomeações dos ministros são feitas politicamente – onde o critério pode ser o de escolher aquele que melhor se coadune com os ideais majoritários do governo.

Aliás, para se evitar que todo os membros do Supremo em exercício fossem indicado pela mesma maioria política foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 88 de 2015, que postergou a aposentadoria compulsória dos ministros para 75 anos de idade⁷. Com isso, a Presidente da República então em exercício “perdeu o direito” a cinco indicações para os cargos que iriam vagar em razão da aposentadoria compulsória de ministros até 2018.

Não se pode esvair a crítica de que para resolver um aparente problema, aumentou-se outro. Atualmente no Brasil um ministro pode ser investido no cargo aos 35 anos de idade, exercendo suas funções até os 75 anos. É um período longo demais para que uma mesma pessoa exerça uma função de relevante impacto político. Se torna ainda mais difícil compreender como compatibilizar essa situação com a necessidade do arejamento ou da pluralidade de ideias na determinação do discurso político do país.

Outra distorção que se percebe é a utilização do Supremo pelo Executivo e Legislativo para se furtarem de se comprometer com questões políticas importantes e polêmicas. Temendo

⁷ Antes da EC n.º 88/2015 a aposentadoria compulsória se dava aos 70 anos de idade.

que seus posicionamentos os prejudiquem em futuras eleições, estes relembram ao Supremo, utilizando-se do mecanismo de controle dos atos do Poder Público pelo Judiciário, para que o tribunal dite a interpretação constitucional do assunto e também a política a ser seguida. O grande problema é que isso pode resultar em uma severa distorção da representatividade eleitoral. Por isso a necessidade de uma Corte renovável e mais próxima da realidade social.

Além disso, em razão do grande poder político presente nos tribunais constitucionais sempre existirá o perigo de seu aparelhamento político para a prolação de decisões políticas revestidas com o manto da justiça ou do direito.

Embora se acredite e confie na lisura e integridade daqueles que são alçados ao cargo de ministro do STF, não há como eliminar totalmente o fator de que todos são seres humanos. Nessa condição, todos estão sujeitos a utilizar-se da subjetividade, se deixar influenciar ou até se corromper.

Tendo isso em vista, são válidas as mudanças propostas no sentido de restringir o poder político e as influências negativas da condição humana que pairam sobre a atividade do Supremo Tribunal Federal. Afinal, todas as inovações que limitem de uma maneira inteligente esse poder, sem prejudicar a função de controle constitucional, são ávidas à democracia.

Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se concluir que existe uma proximidade muito grande entre direito e política, e esta pode ser entendida tanto como criadora do direito como presente no processo de aplicação deste, uma vez que a margem subjetiva que o intérprete possui, pode ser entendida e comparada à atividade política de criar o direito. Não havendo, por isso, como se falar em uma total separação dos poderes do Estado, como concebido e idealizado originalmente pela teoria da separação dos poderes.

E como o Supremo Tribunal Federal possui a palavra final na interpretação do sentido e alcance da Constituição Federal e das leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro à luz desse diploma ele está muito mais próximo da política do que qualquer outro órgão do Poder Judiciário. A abertura hermenêutica das normas constitucionais, em razão do seu caráter principiológico, é o que permite essa maior aproximação entre direito e política no STF.

Aproximação tão grande, que torna irrefutável o poder político do tribunal, permitindo concluir que ele faz parte tanto do sistema jurídico, como instância final do Poder Judiciário, como do sistema político brasileiro, ao ser peça fundamental na construção do discurso político nacional.

Conclusão que se faz também com base no fato de que esse poder político do Supremo é uma necessidade sistêmica, fruto de sua obrigação de proteger o Estado democrático de direito constituído e de garantir os direitos fundamentais por ele instituídos. É preciso que o órgão designado para o controle da constitucionalidade possua poder político.

A proteção desses preceitos fundamentais do Estado através do exercício do controle induz a judicialização de questões políticas. Ou seja: à interpretação pelo Supremo das políticas exercidas pelo Executivo e pelo Legislativo. Ficando claro que tais interpretações são provocadas por permissão de um sistema democrático, em um contexto de grupos sociais distintos lutando pela garantia de direitos e conquistas políticas de seu interesse, e não uma iniciativa volitiva do Poder Judiciário ou de seus membros em avançar sobre a esfera política.

Por fim, ante essa natural judicialização das questões políticas induzidas pelo sistema, cumpre considerar a legitimidade democrática dos membros do STF tendo em vista que a Corte está inserida no sistema político brasileiro – e não apenas no judiciário – e que esses membros possuem amplo poder político não só por determinar o sentido final da constituição, mas por toda abertura hermenêutica permitida nessa determinação.

E sobre esse ponto, o que se pode concluir é que não se coaduna com o sistema desenhado a possibilidade de uma eleição popular dos membros Supremo – e de todo o Judiciário –, pois isso prejudicaria o exercício das funções a eles designadas.

No entanto, revela-se interessante e desejável a possibilidade de transformação do STF em uma corte constitucional nos padrões europeus, no qual ele exerceria com exclusividade a jurisdição constitucional, relegando-se ao Superior Tribunal de Justiça a posição de instância final do Poder Judiciário. Isso permitiria ao Supremo uma maior possibilidade de debate das questões políticas a ele submetidas com o desafogamento dos processos pendentes de julgamento.

Com essa mudança haveria também um incremento democrático ao ordenamento brasileiro. Embora se utilize de uma justificação negativa do princípio democrático como forma de controle da composição do Supremo, isso permitiria uma melhor representação da sociedade ao adotarem-se critérios de limitação de mandatos, pluralidade aos legitimados a fazer indicações para o cargo e renovação parcial do tribunal em certos períodos de tempo.

Assim, se estaria efetivando uma nova e necessária etapa de concretização da democracia brasileira, na qual o Supremo Tribunal Federal, além de coibir o retrocesso, assumiria de vez seu papel político, prestigiando ainda mais o princípio democrático.

Referências

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Estado de Direito**. Coleção Fundação Mário Soares, Cadernos democráticos, n. 7. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

COLIOT-THÉLÈNE, Catherine. O conceito de política posto à prova pela mundialização. Tradução do artigo: Luciano Nervo. Revisão Técnica: Vinícius de Figueiredo. **Revista de Sociologia e política**. Curitiba, n. 12, jun. 1999, p. 7-20..

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: RT, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, vol. I & II, 1997.

HUGHES, Charles Evans. **Addresses and papers of Charles Evans Hughes, governor of New York, 1906-1908**. Nova Iorque: The Knickerbocker, 1908.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o Judiciário e a judicialização. MOTA, Maurício; MOTTA Luiz Eduardo (orgs.). **O Estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

LEFTWICH, Adrian. **Que és la política?**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

_____ (Ed.). **What is politics? The activity and its study**. Cambridge: Polity, 2004.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Eduardo. **A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política**. Revista de Direito do Estado, v.4 , n. 13, p 211-247. Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eduardo Santos de. O sistema político brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 15, n.º 33, mai/ago 2013, p. 206-246.

PEGORARO, Luiz Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Campinas: Servanda, 2010.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The global expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.