



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS
DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES**

GIOVANI DUARTE RAITZ

FLORIANÓPOLIS

2011

GIOVANI DUARTE RAITZ

**COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS
DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES**

Monografia submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para obtenção
do título de bacharel em Direito.

Professor Orientador Walmor Alves
Moreira

FLORIANÓPOLIS

2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus. Aquele que me possibilitou esta caminhada, deu-me forças para continuar nos momentos difíceis e foi o pilar principal da minha fé.

Agradeço aos meus pais, pois foram a minha fonte de educação e carinho e me conduziram através dos princípios cristãos. Obrigado também pelas oportunidades de estudo e de vida que me concederam, bem como pelos esforços prestados e renúncias feitas por mim. Sou grato a tudo que me fizeram.

À minha namorada, por lutar nos estudos ao meu lado, aconselhando-me sempre na busca do melhor caminho profissional e por auxiliar-me em todos os momentos em que esteve presente, sem nunca se esquecer do lado emocional e sendo sempre carinhosa e atenciosa.

À minha família em geral, neles incluídos avós, tios, primos e sogros. Todos eles muito importantes na formação do meu caráter e aprendizado acerca do mundo.

Ao meu professor orientador Walmor Alves Moreira por aceitar a me guiar nessa etapa final, pela orientação prestada e pelo zelo profissional e ética dados por esta Universidade. Parabéns pelo grande trabalho.

Agradeço também ao amigo e co-orientador Diego Roberto Barbiero, pelo grande apoio doado, não só neste trabalho, mas durante todo o tempo em que pude com ele aprender.

Ao professor Samuel da Silva Matos por aceitar integrar a banca de apresentação do meu trabalho e interessar-se pelo tema.

Aos amigos de faculdade que ajudaram a fazer destes cinco anos muito proveitosos e bem humorados e aos demais amigos de fora dela.

Por fim, a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a minha formação tanto profissional quanto pessoal.

A todos agradeço.

“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão saciados!” (Mateus 5:6)

RESUMO

A temática adotada para este estudo monográfico, submetido ao curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em Direito, reflete a respeito da independência do poder Judiciário frente aos demais poderes no processo de composição do quadro de Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) previsto pelo artigo 101 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Constitui objetivo desta pesquisa identificar a atribuição de indicar magistrados conferida pela CRFB/88 ao Presidente da República, bem como a competência do Senado Federal para aprovar estas indicações, confrontado-as com a doutrina da Separação dos Poderes, assim como analisar os requisitos necessários para investir no cargo de Ministro do STF de “reputação ilibada” e “notável saber jurídico”. O estudo acerca da evolução histórica do princípio de Separação dos Poderes e da criação do STF no Brasil, bem como a influência do direito externo, também serão objetos de pesquisa deste trabalho. O método utilizado é o dedutivo, iniciando-se em um estudo sobre a tripartição dos poderes do Estado, até finalizar com a análise dos requisitos previstos pelo CRFB/88 para composição do quadro de Ministros do STF. O procedimento adotado é o da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Poder. Separação dos Poderes. Sistema de freios e contrapesos. Supremo Tribunal Federal. Modelo de composição. Independência do Judiciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: HARMONIA E INDEPENDÊNCIA	8
1.1. Perspectiva histórica do princípio da tripartição dos poderes do Estado – de Aristóteles, na Grécia, aos doutrinadores atuais	8
1.2. Perspectiva histórica do princípio da tripartição dos poderes do Estado – Brasil, de 1824 até a Constituição de 1988.	18
1.3. Funções típicas e atípicas dos poderes e o princípio dos freios e contrapesos.	22
1.3.1. <i>Poder Legislativo</i>	23
1.3.2. <i>Poder Executivo</i>	25
1.3.3. <i>Poder Judiciário</i>	26
1.3.4. <i>Sistema de freios e contrapesos</i>	27
1.4. Hierarquia informal dos poderes	30
2. FORMA DE COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	33
2.1. Perspectiva histórica: o Supremo Tribunal do Brasil.	33
2.2. Suprema Corte Americana: influência no Supremo Tribunal Federal.....	37
2.3. Cortes Constitucionais da Europa – O modelo de composição e a justiça constitucional Européia.	42
2.4. Debate acerca do atual modelo de composição do Supremo Tribunal Federal.....	45
2.5. Projetos que visam mudar o atual sistema:	48
2.5.1. <i>Proposta do ex-Ministro do STF Carlos Mario da Silva Velloso</i>	48
2.5.2. <i>Proposta do advogado Kiyoshi Harada</i>	50
2.5.3. <i>Proposta de Emenda à Constituição nº 92 de 1995</i>	51
2.5.4. <i>Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2011</i>	53
3. A INFLUÊNCIA DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO PERANTE O JUDICIÁRIO	56
3.1. Independência dos Magistrados	56
3.2. Conselho Nacional de Justiça: A fiscalização do judiciário.....	59
3.3. Entrevistas com a ministra Eliana Calmon	61
3.4. Julgados de grande repercussão.....	64
3.5. Nomeação pelo Presidente e aprovação pelo Senado Federal à luz da independência dos poderes.	68
CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

Desde que a Democracia voltou a vigorar no Brasil, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a população tem suscitado mais do poder público para que seja honesto e transparente em seus atos.

Na última década (ano 2000 até 2010), com a presidência de Luiz Inácio Lula da Silva, mais forte foi esta tendência. Criaram-se Comissões Parlamentares de Inquérito, ocorreram denúncias à corrupção e os órgãos investigativos do governo tiveram muito trabalho, principalmente com as informações veiculadas facilmente pelos meios de comunicação, com o advento da *internet*.

No entanto, foi durante o mesmo período que surgiu uma nova discussão política na nação. É porque o ex-Presidente Lula (filiado ao Partido dos Trabalhadores – PT) indicou, em seus oito anos de governo, sete dos onze Ministros existentes no Supremo Tribunal Federal. Ao passo que, sua sucessora, Dilma Vana Rousseff (também filiada ao PT), estará no governo por mais três anos e já indicou dois Ministros – Luiz Fux e Rosa Maria Weber Candiota da Rosa.

Assim, surgiu no país a indagação de os membros do Judiciário estarem sofrendo influência política daqueles que os indicaram (Chefes do Executivo), inclusive gerando uma Proposta de Emenda Constitucional para modificar o sistema atual de escolha dos Ministros, retirando a responsabilidade das mãos do Presidente da República.

Tal repercussão deve-se ao fato do Supremo Tribunal Federal ser o principal tribunal do país, órgão máximo de jurisdição nacional, guardião da Constituição e que, através de suas súmulas e jurisprudências, determina as diretrizes a serem seguidas nos tribunais inferiores.

Deve julgar, portanto, de forma politicamente neutra e sem a influência de quaisquer dos demais poderes.

Para tal, mister que os princípios históricos da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos, recepcionados pela Constituição de 1988, sejam melhor estudados e respeitados.

A CRFB/88 prevê que os três poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – devem ser independentes e harmônicos entre si (art. 2º). Porém, tais adjetivos decorrem de toda uma análise histórica da doutrina de separação dos poderes, que tem seu início ainda na Grécia Antiga, com Aristóteles, sendo desenvolvida na Roma Antiga, com um breve esquecimento nos Estados totalitários da Idade Média. Retorna, todavia, com muita força através das teorias de John Locke e Charles de Montesquieu.

Este último é o criador da tripartição entre os poderes no modelo hoje conhecido. Juntamente com os dois doutrinadores, surge, nos Estados Unidos, o sistema de freios e contrapesos, buscando semelhante fim, porém com meios contrários.

A partir disto, desenvolver-se-á um estudo analisando a aplicação desta doutrina perante a Constituição brasileira, com enfoque na liberdade do poder Judiciário em atuar de forma independente e autônoma perante os demais poderes.

Para isso, será feito também uma pesquisa de como atuam as Cortes Constitucionais nos diversos países, bem como a sua atuação histórica no Brasil, através de estudo de casos e de depoimentos de ex-Ministros e doutrinadores que possuem experiência acerca deste órgão.

O trabalho, portanto, foi dividido em três capítulos: o primeiro remete-se a uma pesquisa sobre o sistema de divisão dos poderes do Estado e dos freios e contrapesos; o segundo decorre de um estudo sobre o Supremo Tribunal Federal, suas origens históricas no Brasil e fora dele, bem como uma análise dos requisitos essenciais para composição do quadro de Ministros do STF, previstos no art. 101, da CRFB/88; o terceiro consiste num ensaio sobre a independência da magistratura e um estudo acerca do parágrafo único do citado artigo.

Assim, busca-se entender sobre a constitucionalidade deste modelo de composição do STF e sua validade perante os princípios da harmonia e independência dos poderes, constantes no art. 2º da Constituição Federal.

1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: HARMONIA E INDEPENDÊNCIA

1.1. Perspectiva histórica do princípio da tripartição dos poderes do Estado – de Aristóteles, na Grécia, aos doutrinadores atuais

Antes de iniciar um estudo sobre a separação dos poderes, é importante destacar os conceitos de poder e poder político:

Segundo Silva, é o poder um fenômeno sócio-cultural definido como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”. E, quando ligado à teoria estrutural do Estado, esta energia toma a forma de poder político, um dos três elementos (juntamente com o povo e o território) que tradicionalmente o compõem. Para Carvalho, este poder político “é o que preside, integra e harmoniza todos os grupos sociais, mediante um conjunto de regras que compõe o direito comum a todos eles”, vale dizer, cumpre uma função transcendente na Constituição do Estado, que nada mais é do que “uma comunidade transformada pelo exercício sobre ela do Poder Político”.¹

O Estado, sendo uma instituição soberana e independente, necessita, portanto, de poder para fazer valer as suas intenções.

A titularidade do poder do Estado é, no entanto, evolutiva ao longo da história: Durante o Absolutismo da Idade Média, era o príncipe o titular do poder e o exercia sob seus preceitos e deveria ser aceito pelos seus súditos (o povo); com o surgir dos Estados modernos, ao povo foi conferida a titularidade do poder, inclusive sendo previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (artigo 1º, parágrafo único).

Segundo Diego Roberto Barbiero, “um Estado, para assim o ser, depende da conjugação de três elementos: território delimitado, povo que nele habita e poder político que faça valer a autoridade de direção e chefia sobre os habitantes e em toda a área que ocupa”².

Contudo, o poder do Estado necessita de limitações para evitar que se torne tirânico. Com isso, aparece a necessidade de separar as funções exercidas por este poder a fim do próprio poder limitar o poder político do Estado e manter as sua soberania perante um sistema, no caso brasileiro, harmônico e independente de separação dos poderes.

Apesar das divergências sobre a criação da doutrina de separação dos poderes, alguns estudiosos a remontam a Aristóteles enquanto outros preferem remetê-la a Montesquieu e

¹ BARBIERO, Diego Roberto. As medidas provisórias e a possibilidade de controle jurisdicional de seus pressupostos constitucionais. Trabalho de conclusão de curso em especialização, Universidade do Sul de Santa Catarina e Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2009. p. 9.

² Ibidem, p. 10.

John Locke, este trabalho adotará uma pesquisa começando na Grécia Antiga, com Aristóteles, até os dias atuais.

Para o filósofo grego a composição do governo ideal teria o caráter misto, em que os diversos grupos e classes sociais deveriam participar do poder, mesmo que de forma proporcional – aqueles que detêm maior riqueza, merecem maiores poderes – como define Piçarra, citado por Maldonado:

(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político³.

Aristóteles conclui desta forma após longo debate sobre a melhor forma de governo, em que a grande incerteza paira entre oligarquia e democracia, e define que o grande mal da primeira é que somente os ricos seriam representados no poder, enquanto na segunda somente os pobres governariam.

Apesar de esta concepção encontrar-se deveras distante daquela que será posta por Montesquieu, “Piçarra extrai do pensamento aristotélico a idéia de *equilíbrio ou balanceamento das classes sociais* que virá, segundo o irmão d’além mar, a ser associada à doutrina da separação de poderes, numa fase já adiantada de sua evolução, através da sua participação no exercício do poder político.”⁴ (grifo do autor).

Posteriormente, em Roma, Políbio e Cícero renovam o entendimento de constituição mista criado na Grécia, com uma breve diferença: em Aristóteles, as classes dividem todas as instituições governamentais, enquanto na concepção polibiana, cada classe exercerá o controle sobre determinado órgão⁵.

Com a decadência do Império Romano e o início da Idade Média no continente europeu, as principais ideias democráticas e de separação de poderes são esquecidas e o absolutismo passa a reinar, concentrando o poder nas mãos do soberano.

A partir do conceito de soberania estabelecido por Jean Bodin e da doutrina de Hobbes estas idéias absolutistas foram desenvolvidas por Reis que se viam auxiliados por poderes divinos e passaram a confundir a própria vontade com a do Estado, como percebe-se no reinado de Luís XIV, o qual é tido como autor da célebre frase “l’Etat c’est moi” (o Estado sou eu).

³ PIÇARRA *apud* MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. p. 1.

⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁵ *Ibidem*, p. 3.

Na Inglaterra, em decorrência das lutas políticas ocorridas, principalmente entre o rei Carlos I e o parlamento, quando o rei deixou de cumprir uma imposição de pedidos dos parlamentares, começou-se a esboçar uma separação entre os poderes do Estado que só tornou-se mais visível, em meados do século XVII, através da Revolução Puritana (ocorrida entre os anos de 1640 e 1648). Começou-se a admitir uma separação mais nítida entre Poder Executivo e Legislativo quando Oliver Cromwell começou a instituir seu Protetorado⁶.

Com a ascensão econômica da burguesia que clamava por direitos e representação, além do declínio das concepções absolutistas que governavam no período conhecido por Idade Média – em que os reis, como visto, eram detentores do poder –, as Revoluções Liberais Burguesas (Gloriosa, Independência Norte-Americana e a Francesa), realçaram as teorias de Locke e Montesquieu, os quais conceituam melhor a teoria da separação dos poderes, afastando a concentração do poder das mãos de um soberano.

Surge então o chamado Estado de Direito e inicia-se uma reestruturação política das nações européias pós Idade Média.

No Estado britânico, Locke suscitava que “para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem, a aplicá-la”⁷. Tem início a separação entre as funções legislativas e executivas do Estado.

Porém, foi somente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 na França, que se consolida este princípio nos Estados constitucionais:

A vinculação do constitucionalismo à separação tripartite de poderes encontrou sua formulação clássica na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789, cujo art. 16 dispôs: ‘Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution’⁸.

Desde então, o princípio da separação dos poderes passou a ser adotado pelo Estado Constitucional. Transformou-se esse princípio no cerne da estrutura organizatória do Estado, verdadeiro dogma dos dogmas.⁹

No entanto, apesar da consolidação e difusão do princípio ter se dado pela Declaração Francesa, o mesmo André Ramos Tavares observa como a primeira aplicação de uma divisão entre os poderes na Inglaterra, do século XVII:

⁶ SÁ FILHO, Francisco. Francisco. Relações entre os Poderes do Estado (Leituras de Direito Constitucional). Rio de Janeiro : Borsoi, 1959, p. 14.

⁷ LOCKE *apud* MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. p. 5.

⁸ A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

⁹ TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. Revista dos tribunais: Caderno de Direito Constitucional e ciência política, ano 7, n.º 29, outubro-dezembro, 1999. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 66.

Pode-se dizer que a separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra do século XVII, muito ligado à idéia da *rule of Law*. [...] A separação orgânico-funcional aí estabelecida significava a ausência de interferências das funções de um sobre o outro poder. Contrapunha-se, nesta medida, à monarquia mista, ao exigir-se, naquela, a submissão do soberano às leis provenientes da vontade popular.¹⁰

A consolidação do princípio da Separação dos Poderes na França decorreu, em muito, das doutrinas de John Locke e Montesquieu, que discorreram sobre o tema e são tidos, mesmo que haja divergência sobre o verdadeiro criador, como os grandes incentivadores da aplicação do princípio da separação dos poderes, ainda que em Locke fosse ausente o Judiciário.

Há aqueles, como Marcello Caetano, que consideram Locke como o autor original do princípio, enquanto alguns divergem e atribuem-na a Montesquieu, considerando Locke mero precursor. Há, ainda, aqueles que não vislumbram nos estudos de Locke uma severa separação dos poderes, mas, tão-somente, uma divisão das funções do Estado, pois necessário seria para a separação de poderes uma exigência de equilíbrio entre eles.

Tal discussão, como lembra André Ramos Tavares ao citar Nuno Piçarra, se deve ao que cada um acredita ser a verdadeira teoria:

Esta divergência, segundo Piçarra, decorre da compreensão que se tenha sobre o que era a verdadeira (ou pelo menos originária) versão da teoria da separação dos poderes. “Só não verá em Locke um teórico da separação dos poderes quem partir de versões posteriores, que nesta doutrina incluíam um poder judicial autônomo e sublinhem idéias de equilíbrio entre os vários poderes do Estado, culminando num sistema de freios e contrapesos. Tais idéias são estranhas à versão originária da doutrina da separação dos poderes e decorrem da sua associação à idéia de constituição mista. Em Locke são ainda inexistentes ou incipientes, mas farão parte integrante das versões do século XVIII, entre as quais se destaca a versão da balança dos poderes ‘amalgama de constituição mista, supremacia legislativa e separação dos poderes’, em que se inspirará a versão de Montesquieu.”¹¹

Tanto o é que se observa claramente em Montesquieu uma influência da teoria de Locke, porém fazendo-a com maior nitidez e distinção:

Abeberando-se em Locke e observando a Constituição da Inglaterra, Montesquieu, em 1748, preocupado, sobretudo, com a proteção da liberdade contra a tirania, expõe, com a maior clareza, a teoria moderna da separação dos poderes e transforma, de tal arte, as teses do filósofo inglês, que se pode afirmar haver delas feito um criação nova.¹²

André Ramos Tavares, aliás, cita Nuno Piçarra e acredita que apesar de Montesquieu não ter sido o grande inventor da teoria, foi ele, sim, o grande disseminador desta e o maior responsável por fazê-la constar na maioria das constituições dos Estados Democráticos atuais:

¹⁰ Ibidem, p. 68.

¹¹ Ibidem, p. 67

¹² SA FILHO, Francisco. Relações entre os Poderes do Estado (Leituras de Direito Constitucional). Rio de Janeiro : Borsoi, 1959, p. 15.

Apoiado em Troper e nas análises de Gwyn, Piçarra conclui que quanto à separação dos poderes ‘Montesquieu terá dito pouco, ou mesmo nada, de verdadeiramente original relativamente às doutrinas jurídicas e políticas da Inglaterra do tempo. Mas deu certamente o impulso decisivo para transformar a doutrina da separação dos poderes, de doutrina inglesa, em critério do Estado constitucional.¹³

Montesquieu separou os poderes em três espécies: Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil¹⁴:

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos.¹⁵

Jamais um único corpo, para Montesquieu, poderia gerir ao mesmo tempo dois ou três desses poderes, pois, se juntos o poder Executivo e o de legislar, deixaria de existir liberdade, visto que “pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.”¹⁶

Também não haveria liberdade se o Judiciário não estiver isento do Legislativo e do executivo, pois “Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”¹⁷

Em relação ao poder Judiciário, Montesquieu desejava um poder nulo e invisível, pouco passível de ser percebido pelos cidadãos, daí decorrendo a importância da separação dos poderes, para que o julgador jamais estivesse ligado a uma certa situação, profissão ou qualquer outro motivo que lhe tornasse suspeito¹⁸, sendo, assim, independente.

Até mesmo para as Monarquias se via como necessária a tripartição dos poderes, evitando qualquer ingerência por parte do grande monarca sobre o legislativo e o judiciário, evitando um poder Moderador como outrora aplicado na monarquia brasileira:

Os três poderes, nessas monarquias, não são divididos e calcados no modelo da constituição à qual nos referimos. Cada um deles possui uma divisão particular, segundo a qual eles se aproximam mais ou menos da liberdade política e, se dela não se aproximassem, a monarquia degeneraria em despotismo.¹⁹

¹³ TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. Revista dos tribunais: Caderno de Direito Constitucional e ciência política, ano 7, n.º 29, outubro-dezembro, 1999. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 70

¹⁴ MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. 1º volume, p. 180-181

¹⁵ Ibidem, p. 181.

¹⁶ Ibidem, p. 181.

¹⁷ Ibidem, p. 181.

¹⁸ Ibidem, p. 181

¹⁹ Ibidem, p. 191

O filósofo francês incumbiu-se de acrescentar o poder judicial na separação trina dos poderes. Entretanto, Locke já pautava uma tripartição, porém, sem a presença do judiciário, considerando que os três poderes que deveriam ser divorciados seriam o Legislativo, o Executivo e o Federativo, este último incumbido das relações internacionais.

Quanto ao Judiciário, entende que, sem embargo de sua distinção, ao Legislativo cabe executar as funções de julgar, o que também se inspira no direito inglês, segundo o qual o Parlamento, no “impeachment”, nos “bills of attainder” e outros constituem a mais alta corte de justiça.²⁰

Aliás, importa acrescentar que os motivos norteadores, tanto para Locke como para Montesquieu, são também as mesmas razões que influem os doutrinadores atuais a suscitarem cada vez mais uma separação de poderes que, ao mesmo tempo, estabeleça limites a quem os possui, impondo maior cerceamento à corrupção:

Na teoria de Montesquieu, a idéia norteadora, como o foi igualmente em Locke, seria o pessimismo antropológico que dominava a Inglaterra de então. Nesse sentido, considerava-se que o poder tende a corromper-se justamente onde não encontra limites.

Se tradicionalmente a separação concebia-se entre legislativo e executivo, Montesquieu veio a acrescentar a função judicial.²¹

Francisco Sá Filho cita Montesquieu em breve texto que resume o pensamento do filósofo francês:

O verdadeiro pensamento de Montesquieu, refletindo esse modelo, é que *“when the whole Power of one department is exercised by the same hands which posses the whole Power of another department, the fundamental principles of a free Constitution are subverted”*^{22,23}

No cerne da questão que incentivou Montesquieu e Locke a se aprofundarem na separação dos poderes, Francisco Sá Filho também observa a teoria como sendo essencial à limitação do poder humano:

Para a fragilidade humana, a tentação de domínio seria muito grande, se as mesmas pessoas que possuem poder de fazer as leis, pudessem executá-las, porque seriam levadas a fugir à sua obediência e ajustá-las às próprias conveniências, assumindo interesse “contrary to the end of society and government”²⁴.

Estabelecida a dependência dos Estados Constitucionais aos três grandes poderes, o filósofo francês bradava a sua divisão, sendo o exercício de cada incumbido a titulares

²⁰ SA FILHO, Francisco. Op. cit. p. 15.

²¹ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 67.

²² Quando todo o poder de um departamento é exercido pelas mesmas mãos que possuem todo o poder de outro departamento, os princípios fundamentais de uma Constituição livre estão subvertidos.

²³ SA FILHO, Francisco. Op. cit. p. 19.

²⁴ Ibidem, 14 e 15.

distintos e independentes, como forma de evitar a confusão de tarefas que, por si só, são distintas e independentes.

E, através destas premissas, criou-se com o tempo, como assevera Francisco Sá Filho, “um dos grandes pilares da religião democrática”²⁵ estabelecida no mundo atual, sendo qualquer outro tipo de Estado que não o democrático discriminado um a um.

Não se pode dizer, porém, ser esta divisão absoluta; é apenas relativa, sendo os poderes sempre dependentes e interligados entre si:

Enquanto o Estado de Direito de legalidade (calcado no conceito iluminista de lei) estava fadado à superação, a idéia de limitação do poder por meio de mecanismos constitucionais estaria destinada a perdurar. O poder, pois, necessitava, ainda que legítimo fosse, de ser limitado. E é exatamente isso que constitui um núcleo permanente na teoria da separação dos poderes²⁶.

Também se manifesta Francisco Sá Filho asseverando a interdependência entre os poderes ao argüir que “É bem de ver, todavia, que, na fórmula de Locke, aperfeiçoada por Montesquieu, a separação, a que ambos se referem, não é rígida, nem absoluta, mas comporta a interpenetração das funções políticas.”²⁷

Até porque, o próprio Montesquieu nunca foi enfático em estabelecer uma separação total, sendo sempre notável em seu texto que deseja uma colaboração entre os poderes em que os seus membros são independentes.

No entanto, a concepção da época estava fadada a criar uma hierarquia entre os três poderes, fornecendo ao legislativo maior força e tornando os restantes submissos ao primeiro:

Quando se admite a hierarquia nas funções estatais, como era o caso da prevalência da lei, isto implica, necessariamente, uma hierarquia dos respectivos órgãos. E é em Kant que se pode constatar com toda evidência, essa colocação, para quem os três poderes-funções estão entre si como as três premissas de um silogismo: premissa maior é o Poder Legislativo, premissa menor o Poder Executivo e conclusão o Poder Judiciário.²⁸

Para Tavares, Montesquieu buscou maior equilíbrio entre os poderes:

Até este ponto, a doutrina da separação de poderes restringiu-se à sua vertente exclusivamente jurídica. Mas à época em que escrevia sua obra, a separação dos poderes já conhecia a outra versão que não a da *rule of Law*, e que não foi desdenhada pelo autor. Não desconheceu ele a versão da *balance of powers*, que adotava a separação e independência como condição para um equilíbrio dos poderes pelo seu controle recíproco.

[...] A doutrina de Montesquieu é tributária não só na idéia de separação de poderes, mas conjuntamente com esta, adota a doutrina da monarquia mista e

²⁵ Ibidem, p. 17.

²⁶ TAVARES, André Ramos. op. cit. p. 68.

²⁷ SÁ FILHO, Francisco. Op. cit. p. 17

²⁸ TAVARES, André Ramos. op. cit. p. 69.

a de balança de poderes e freios e contrapesos, que se encontravam difundidas na Inglaterra do século XVIII.²⁹

Inclusive, uma das primeiras constituições a adotar o princípio da separação dos poderes – não expressamente como ocorre hoje na Constituição brasileira – foram os Estados Unidos da América que, através da enumeração de competência de cada um deles, estabeleceu uma distinção de funções e os considerou interdependentes, aplicando, também, o sistema dos freios e contrapesos (*checks and balances*), sendo, nas palavras de Sá Filho, o Congresso “investido de todo o Poder Legislativo, como o Presidente, do Poder Executivo, e os tribunais, do Poder Judiciário.”³⁰

O sistema de *checks and balances* adotado pelos americanos para salvaguardar a tripartição, no entendimento de Sá Filho, nada mais é que o princípio da separação dos poderes visto de modo inverso, sob outra ótica.³¹

Este sistema fez com que os americanos passassem a aplicar a norma com maior flexibilidade, diferentemente da França que na Declaração de Direitos de 1789 e na Constituição de 1791 adotaram-no com maior rigidez, sendo para os franceses “Os poderes são isolados e independentes. Reflexos da soberania nacional indivisível, cada poder é soberano dentro do seu domínio. A lei constitucional adotava a teoria, em todo o seu rigor.”³²

Devido a esta rigidez, é que, diferentemente do observado nos Estados Unidos, em que a flexibilidade introduzida pelo sistema de freios e contrapesos pode ser notada ao longo da história até os dias atuais, a França necessitou passar por muitas mudanças em suas constituições, decorrentes de diversas revoluções e golpes que acarretaram em divergentes aplicações quanto à rigidez da tripartição dos poderes.

Assim, a Constituição de 1793 (conhecida como Constituição do ano I, pois pertence à 1ª República), que veio a substituir a rigidez daquela de 1791, deixou de utilizar a expressão “separação de poderes” e passou a aplicar uma distinção de funções, em que “*A segurança social somente pode existir, quando as funções públicas são, claramente, fixadas (art. 24)*”³³

Dois anos após, com nova reforma do modelo francês, tendo a Constituição do ano III (1795) retomado as normas outrora aplicadas em 1791, adota o sistema expresso de separação de poderes e atribui maior ênfase à distinção entre Legislativo e Executivo.

O poder executivo, entre 1795 até 1799, passou a ser exercido pelo Diretório, nome que originou o apelido daquela constituição, o qual era constituído por cinco diretores eleitos

²⁹ Ibidem, p. 69.

³⁰ SÁ FILHO, Francisco. Op. cit. p. 18.

³¹ Ibidem, p. 20.

³² Ibidem, p. 20.

³³ Ibidem, p. 21.

por cinco anos. O poder legislativo passou a ser exercido por duas câmaras, Conselho dos Anciãos e Conselho dos Quinhentos.

No entanto, eram grandes as insatisfações existentes, tanto de idealistas de direita quanto de esquerda, e em 9 de novembro de 1799 o militar Napoleão Bonaparte, com apoio de dois diretores e grande parte da burguesia, deu início ao golpe do 18 do Brumário e a ditadura Napoleônica, iniciando novo governo nacionalista e concentrando todo o poder em suas mãos, “*com o eclipse do regime representativo*”³⁴

Apesar de apenas quatro anos em vigência, a constituição do ano III foi de ampla divulgação e seus princípios são aplicados ainda hoje em diversos países.

Com a Restauração de 1815, após abdicação de Napoleão Bonaparte e a instituição da Monarquia Constitucional, os reflexos da Constituição de 1795 voltaram a iluminar o Estado francês.

Já a Constituição francesa de 1830 seguiu a doutrina de Montesquieu e, na Constituição de 1848 que consagrou a Segunda República francesa manteve-se a separação dos poderes, consagrando-a como grande princípio norteador daquele Estado: “*a separação dos poderes é a primeira condição de um governo livre*” (art. 19, Constituição francesa de 1848).

Pelo golpe de Estado aprovado em plebiscito em 1851, Luis Napoleão, sobrinho de Napoleão Bonaparte, novamente concentrou o poder em suas mãos.

Em 1875, a nova constituição, que foi a mais duradoura que a França teve até então, recolocou os princípios de 1791 e 1848 na construção do Estado, separando, novamente, os poderes políticos.

Durante a 2ª Guerra Mundial se estabeleceu o Governo ditatorial de Vichy, após invasão da França, que perdurou apenas até a derrota da Alemanha. O governo Provisório, que substituiu a ditadura de Vichy, foi seguido pela Quarta República francesa,

Elaborada a Constituição da V República em 27 de outubro de 1946, os poderes foram delimitados, sendo atribuído ao Parlamento, com a colaboração do Conselho Econômico, o Legislativo (art. 5º), ao Presidente da República o Executivo, e ao Conselho de Ministros (arts. 29 e 45) o judiciário. Entretanto, houve críticas à separação dos poderes:

Na Constituinte francesa, reunida em 1946, Pierre Cot, relator do projeto da constituição, combateu a separação dos poderes, que, levantada contra o absolutismo dos reis, se teria tornado perempta. Deve ser substituída pelo sistema norte-americano de pesos e contra-freios, inspirado na divisão do

³⁴ Ibidem, p. 21

trabalho e mais apto a realizar o equilíbrio dos poderes e seu controle recíproco.³⁵

O sistema norte-americano, do mesmo modo, foi incapaz de permanecer ileso às críticas, quando ao invés de uma só autoridade responsável, várias tornam-se competentes, esperando a quantidade reforçar a sua autoridade. Na prática, os críticos alegam que há um parcelamento da autoridade³⁶.

Com a crise governamental de 1958, mais uma vez a França teve sua Constituição alterada, pelo referendo de 28 de setembro, formando assim a Quinta República da França, em que o Poder Executivo passou a ser exercido pelo Presidente e pelo Governo (art. 5º e 20), o Poder Legislativo foi exercido pelo parlamento (art. 24) e coube ao Conselho Constitucional julgar da constitucionalidade das leis, o judiciário, pela autoridade judiciária (art. 64).

Esta é a última e atual Constituição da França, que continua a adotar o princípio da separação trina dos poderes e consolidou sua aplicação neste Estado.

Também pós-Segunda Guerra Mundial, a Constituição Italiana, que vigora atualmente, estabeleceu a divisão dos poderes políticos do Estado entre o Parlamento (art. 55), o governo (art. 92) e a Justiça (art. 101).

A Constituição da Índia, que entrou em vigor em 26 de janeiro de 1950, três anos após a declaração da sua independência, é outra a consagrar o princípio da divisão trina dos poderes.

Na Alemanha, em que pese a Constituição de Weimar, dotada do princípio da tripartição dos poderes não ter impedido a ascensão e ditadura de Hitler, a Constituição provisória de 1949, restaurou o princípio, “declarando, contudo, que, enquanto o Legislativo só encontra limitações nos textos constitucionais, o Judiciário e o Executivo são disciplinados pela lei (arts. 2 e 3)”³⁷.

E assim, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, é que passou a ser aplicado na grande maioria dos países democráticos o princípio da separação dos poderes, sendo alguns deles mais rígidos, enquanto outros mais flexíveis, ou até mesmo alguns tendo mais de três poderes e outros com dois poderes.

Mas, como afirma Francisco Sá Filho:

O panorama de formação constitucional, que os exemplos citados põem em relevo, permite afirmar que “... the three groupings of the powers of government are inherent in the governments of all civilized countries”³⁸ ...³⁹

³⁵ Ibidem, p. 30.

³⁶ Ibidem, p. 30.

³⁷ Ibidem, p. 27.

³⁸ Os três agrupamentos de poderes do governo são inerentes aos governos de todos os países civilizados.

³⁹ SA FILHO, Francisco. Op.cit. p. 28.

Alexandre de Moraes também ressalta a importância da independência dos poderes, ao passo que a inexistência dessa separação acarretaria o retorno da ditadura:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais.⁴⁰

Definitivamente um dos pilares da “religião democrática” e do Estado de Direito é a separação dos poderes políticos do Estado e, primordialmente, a separação dos que exercem cada uma das funções.

1.2. Perspectiva histórica do princípio da tripartição dos poderes do Estado – Brasil, de 1824 até a Constituição de 1988.

A história constitucional brasileira tem seu início no ano de 1822 com o grito da independência em sete de setembro, no qual deixa de ser colônia portuguesa e passa a existir como Estado soberano e independente.

Tal como citado, a primeira constituição brasileira foi outorgada por D. Pedro I, em 25 de março de 1824 sob fortes influências das Constituições Francesa de 1791 e Espanhola de 1812.

Ao que aqui remete, sob influência da Constituição francesa de 1815 e do publicista francês Benjamin Constant, a única constituição monárquica brasileira tinha expressa previsão quanto à separação dos poderes, que no caso era quádrupla: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador.

TITULO 3º

Dos Poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.

Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação.⁴¹

À Assembléia Geral, composta pelas câmaras dos deputados e dos senadores (art. 14.), com sanção do Imperador cabia a titularidade do poder Legislativo (art. 13).

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24 ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 412

⁴¹ BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em 01 de novembro de 2011

Ao Imperador, pessoa Sagrada e inviolável (art. 99), cabia a titularidade do poder Moderador (art. 98). Este devia velar pela manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos.

O poder Moderador, era exercido pela “*Dynastia Imperante do Senhor Dom Pedro I*”⁴² que possui a missão de “manter o equilíbrio entre os demais poderes, em posição superior e intermediária, como garantia da liberdade”⁴³.

Do mesmo modo, o Imperador era o chefe do poder Executivo (art. 102). Entre suas diversas funções, devia ele nomear, como líder do Executivo, os magistrados (inciso III do art. 102).

Quanto ao poder judiciário, este era de titularidade dos juízes e jurados, sendo dos jurados a responsabilidade de se pronunciarem sobre os fatos e dos juízes a responsabilidade de aplicar a lei (arts. 151 e 152). O Imperador, fazendo-se das atribuições de Moderador, poderá suspendê-los por queixas contra eles feitas (art. 154).

Percebe-se, claramente, nesta primeira constituição brasileira, uma separação expressa dos poderes logo nos primeiros artigos que, no entanto, pela clara confusão de membros do poder Moderador e do poder Executivo os torna soberanos e hierarquicamente superiores aos demais.

Aliás, a idéia de D. Pedro I não era nova e já era objeto de estudo por Benjamim Constant que solicitava um poder real ou do Chefe de Estado e, ademais, ainda preconizava a existência de cinco poderes: “o real, o executivo, o representativo duradouro (assembléia hereditária), o representante de opinião (assembléia eletiva) e o judiciário”⁴⁴.

A Constituição Monárquica foi a que mais tempo vigeu no Brasil, sendo modificada apenas pela Proclamação da República, de 1889, quando foi instituída, dois anos após, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, que sofreu emenda em 1926, quando foi estabelecido no país, pela primeira vez, a repartição trina dos poderes políticos, os quais deveriam ser harmônicos e independentes entre si (art. 15).

O poder Legislativo seria exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, com sanção do Presidente da República (art. 16). Entre suas atribuições (art. 34), estavam a de autorizar o poder Executivo a contrair empréstimos e a fazer operações de crédito, bem como a de organizar a Justiça Federal.

⁴² Ibidem, art. 4º.

⁴³ SA FILHO, Francisco. Op.cit. p. 22.

⁴⁴ Ibidem, p. 22.

Como chefe eletivo da nação, caberia ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil exercer o poder Executivo (art. 41). Como não havia segundo turno nas eleições presidenciais, se os candidatos ao cargo não atingissem maioria absoluta de votos, caberia ao Congresso eleger um, dentre os dois mais votados em primeiro turno (art. 47, § 1º).

Das suas atribuições (art. 48), cabia ao Executivo, nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal e nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado.

Os órgãos do poder Judiciário eram o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Federais, sendo que *“O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.”*⁴⁵

Ressalte-se ainda, que o Procurador Geral da República deveria ser nomeado pelo Presidente da República, dentre um dos membros do STF.

Na primeira constituição Republicana do Brasil, é de se observar uma nítida evolução quanto ao princípio da separação dos poderes, visto que pela primeira vez é tripartida e demonstra uma harmonia e independência muito maior entre os poderes políticos do Estado.

Em 1931, Getúlio Vargas, então Presidente, derogou a Constituição vigente e reuniu para si uma enorme gama de poderes. Após uma série de tentativas revolucionárias, principalmente realizadas pelos paulistas, que não surtiram efeito imediato, mas que colocaram grande pressão em Vargas, este resolveu aprovar a terceira Constituição brasileira, em 1934. Esta, *“ainda como órgãos de soberania nacional”*, resolveu por manter *“os três poderes ‘independentes e coordenados entre si’ (art. 3º)”*⁴⁶

Uma das grandes inovações desta Carta foi a atribuição do exercício do sistema de freios e contrapesos ao Senado (arts. 90, *a a d*, 91, II, III, IV e VII)⁴⁷.

No entanto, pouco tempo de vigência teve essa constituição, sendo logo substituída pela Constituição do Estado Novo, em 1937, a qual, na acepção de Sá Filho, embora não explicitava *“o princípio da divisão dos poderes, a êles se reporta e os regula.”*⁴⁸.

Inconfundível, porém, era que não havia completa independência entre os poderes, visto que o Legislativo seria exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República (art. 38) e nem mesmo uma

⁴⁵ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm> Acesso em 01 de novembro de 2011. art. 56

⁴⁶ SA FILHO, Francisco. Op.cit. p. 27.

⁴⁷ MALDONADO, Maurílio. Op. cit. p. 12

⁴⁸ SA FILHO, Francisco. Op.cit. p. 27.

declaração de inconstitucionalidade dada pelo poder Judiciário poderia ser aceita sem o crivo do Presidente da República (parágrafo único do art. 96).

Em meio às constantes mudanças constitucionais brasileiras surge em 1946 uma nova constituição, agora consagrando a divisão entre os três poderes de forma independente e harmônica entre si (art. 36).

A forma de escolha dos ministros do Supremo se mantinha na mesma adotada em constituições anteriores, na qual seriam “*nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros (art. 129, nº s I e II), maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.*” (art. 99).

O verdadeiro bloqueio à independência dos poderes veio com os Atos Institucionais (AIs) que emendaram as Constituições, sendo os quatro primeiros Atos anteriores à Constituição Federal de 1967 e os demais, posteriores.

No primeiro deles, concedeu-se ao governo militar mais poderes que os previstos na Constituição vigente, deixando o poder Executivo hierarquicamente superior aos outros. O segundo AI aumentou o número de ministros do STF para 16, bem como instituiu mais poderes ao Executivo.

Já o AI-4 outorgou a Constituição de 1967, que viria a derogar, definitivamente, a Constituição de 1946.

A Constituição Federal de 1967, mesmo outorgada em plena Ditadura Militar, também não modificou substancialmente a separação dos poderes, mantendo em seu art. 6º a independência e harmonia na tripartição e as mesmas atribuições já garantidas nas constituições que a precederam.

No AI-5, o art. 2º prevê que o Presidente pode decretar o recesso do Congresso Nacional a qualquer tempo, quando o poder Executivo ficaria autorizado a legislar em todas as matérias e exercer todas as atribuições conferidas ao Legislativo (§ 1º) pela Constituição de 1967.

O AI-6 aposentou compulsoriamente os Ministros do STF Antônio Carlos Lafayette de Andrada e Antônio Gonçalves de Oliveira que haviam se manifestado contrários a cassação dos Ministros do STF Vitor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Cavalcanti Lins e Silva – todos com base no AI-5⁴⁹. Estabeleceu também a competência da Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional.

⁴⁹ FURMANN, Ivan. O Supremo Tribunal Federal e o regime militar de 1964. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20557/o-supremo-tribunal-federal-e-o-regime-militar-de-1964/3>> Acesso em 03/01/2012. p. 3.

Os demais atos sobrevieram todos com decretos antidemocráticos e com viés ditatoriais, atribuindo maior concentração do poder ao Executivo e, por consequência, aos militares.

Somente em 1988 retornou a democracia ao Brasil, com a atual constituição, após o fim do regime militar, a qual além de resgatar o sistema democrático, também trouxe a separação de poderes independentes e harmônicos entre si, consagrada em seu art. 2º.

Com isso, o sistema brasileiro tem evoluído e busca-se cada vez maior harmonia e independência entre os poderes através de novas garantias e métodos de controles.

1.3. Funções típicas e atípicas dos poderes e o princípio dos freios e contrapesos.

Como fundamento para a separação dos poderes e objetivando manter a harmonia e independência previstas constitucionalmente, curial o estabelecimento de funções específicas a cada um dos poderes, em que estejam definidas suas atribuições típicas e atípicas:

Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-las com a *exclusividade absoluta*. Assim, cada um dos Poderes possui uma função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São chamadas funções típicas e atípicas.⁵⁰

As funções típicas são aquelas existentes para o exato motivo pelo qual o poder existe (predominantes). Ou seja, quando um dos poderes do Estado deixar de realizar sua função típica, este não terá mais motivos para existir e, portanto, passará a ser nulo.

Enquanto as funções atípicas são aquelas que só existem pela necessidade de estruturação do poder. Assim, se um dos poderes do Estado deixar de exercer suas funções atípicas, esse não necessariamente deixará de existir, porém terá sua estrutura debilitada e pouco organizada.

Assim, as três principais funções exercidas pelos poderes do Estado, típicas e atípicas, são: legislativa, administrativa e jurisdicional.

Por legislativa, se entende aquela de elaborar regras jurídicas, descrevendo situações de fato, prescrevendo condutas entre sujeitos “afetadas por três modais deônticos, evidenciados pela obrigação, permissão ou proibição (conseqüente)”.⁵¹

A função administrativa é preponderantemente executória, deve ser desempenhada por entidades políticas, administrativas ou delegatárias, através da gestão de recursos públicos, com a finalidade de proteger o interesse estatal.⁵²

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 413

⁵¹ PEÑA DE MORAES, Guilherme. Curso de direito constitucional. 3 edição, São Paulo, Atlas, 2010. p. 378

⁵² Ibidem, p. 380

Já a função jurisdicional, por sua vez, consiste na resolução de litígios existentes na sociedade, respondendo sobre a existência ou inexistência do direito material, “seja o realizando praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática”.⁵³

Pode se dizer, forçosamente, que as funções típicas são principais enquanto as atípicas são acessórias.

Ainda, para que se mantenha densa a separação entre os poderes, curial a atribuição à cada um deles garantias e imunidades para que exerçam suas prerrogativas com total independência, liberdade e autonomia, o que não existiria sem estes direitos:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.⁵⁴

Dessas garantias, bem como da divisão de funções, verifica-se o sistema brasileiro com uma fusão entre o sistema francês de separação dos poderes e o sistema norte-americano de freios e contrapesos (*checks and balances*), para tanto, fazendo valer uma divisão funcional do poder político, conforme Peña de Moraes⁵⁵:

Em sinopse: a interdependência orgânica evidencia que a “divisão funcional do poder político, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõe o aparelho do Estado, representa o princípio conservador das liberdades da pessoa e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais as garantias proclamadas pela Constituição da República” (STF, MS nº 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, J. 16.9.1999, DJU 12.5.2000. V., também: STF ADIn nº 1.296, Rel. Min Celso de Mello, J. 27.6.1995, DJU 10.8.1995).

Com áreas de atuação pré-definidas a cada poder do Estado e com garantias e imunidades que lhes definem maior independência, atribuiu-se ao Brasil um sistema de separação, divisão e fortalecimento dos poderes muito bem especificado e com características de um país livre e democrático.

1.3.1. Poder Legislativo

O poder Legislativo que no Brasil em sede de Federação é bicameral (Câmara dos Deputados e Senado Federal) e no que se refere aos estados membros é unicameral tem duas funções chamadas primárias, também chamadas de típicas, que são a de legislar e fiscalizar,

⁵³ Ibidem, p. 382

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 407.

⁵⁵ PEÑA DE MORAES, Guilherme. Op. cit. p. 386

enquanto suas funções atípicas são o dever de administrar sua estrutura e julgar o que a Constituição lhe atribui.

Das atribuições típicas, pouco há a falar no que se refere à legislativa, a qual incumbe ao Legislativo a produção de normas legais, que “encerra o processo de criação, modificação e revogação das espécies normativas, em consonância com os arts. 59 a 69, todos da CRFB”.⁵⁶

D’outro vértice, a função de fiscalizar é mais ampla e menos óbvia, necessitando de maiores divagações, podendo ser classificadas em político-administrativa e em financeiro-orçamentária.

A fiscalização financeiro-orçamentaria é demarcada através do “controle externo da execução orçamentária, no interesse da preservação dos objetivos pretendidos pelo Poder Legislativo, quando autorizou despesas e receitas”⁵⁷.

Já a investigação político-administrativa delimita-se através de fatos relativos à vida do país, quando existentes os pressupostos materiais e os requisitos formais, sempre dentro dos limites impostos aos meios investigatórios⁵⁸.

O Legislativo, autorizado pela CRFB/88 (art. 49, inciso X), terá o condão de questionar os atos do poder Executivo, analisando a gestão da coisa pública e tomando, sempre que necessário, as medidas que entenda necessárias, inclusive podendo instaurar Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, §3º, da Constituição Federal), além de outros poderes de investigação atribuídos a cada casa do Congresso. A conclusão dos fatos apurados poderá, ainda, ser encaminhada ao Ministério Público, para promover a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.⁵⁹

Já o controle financeiro-orçamentário é relativo à fiscalização prevista nos arts. 70 a 75 da Constituição. O art. 70 prevê que “*A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder*”.

Esse exercício não abrange somente as contas das entidades públicas existentes nos três poderes, mas também as pessoas físicas ou entidades privadas que movimentem dinheiro,

⁵⁶ PEÑA DE MORAES, Guilherme. Op. cit. p. 400.

⁵⁷ BALEEIRO *apud* PEÑA DE MORAES, Guilherme. Curso de direito constitucional. 3 edição, São Paulo, Atlas, 2010. p. 392.

⁵⁸ PEÑA DE MORAES, Guilherme. Op. cit. p. 393

⁵⁹ *Ibidem*, p. 422

bens e valores públicos ou pelos quais a União responda (art. 71, CF). Caracteriza-se, portanto, pela sua natureza política, porém está sujeita a prévia apreciação do Tribunal de Contas⁶⁰.

Já as funções secundárias do Legislativo consistem em administrar e julgar:

A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre a sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgado do Presidente da República por crime de responsabilidade.⁶¹

Como citado, é de se perceber a função unicamente estrutural das atribuições atípicas dos poderes, neste caso, do Legislativo. A sua função administrativa é interna.

Já a função de julgar o Presidente da República tem atribuição essencial à manutenção da harmonia dos poderes.

Assim, a doutrina tem considerado como atribuição tipicamente do Legislativo as funções de legislar e fiscalizar, enquanto as funções atípicas seriam a de julgar e administrar.

1.3.2. Poder Executivo

Já o poder Executivo, que é exercido pelo Presidente da República com auxílio dos Ministros de Estado, compreende *“ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas), consagrado mais uma vez o presidencialismo, concentrando na figura de uma única pessoa a chefia dos negócios do Estado e do Governo.”*⁶²

Aqui, os conceitos de Chefe de Estado e Chefe de Governo atribuídos ao Presidente da República devem ser bem esclarecidos, a fim de evitar qualquer confusão futura:

O Presidente da República, como chefe de Estado, representa o país nas suas relações internacionais, bem como corporifica a unidade interna do Estado. Como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto de natureza política (participação no processo legislativo), como de natureza eminentemente administrativa. Assim, o chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa.⁶³

Portanto, o Presidente da República, na chefia do Estado, representa o país nas relações internacionais (art. 84, VII e VIII, XIX), e exterioriza a unidade interna do Estado, *“na medida em que o agente político participa da composição de outros organismos e corporifica a unidade do Estado”*.⁶⁴

⁶⁰ Ibidem, p. 423

⁶¹ Ibidem, p. 413

⁶² MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 413.

⁶³ Ibidem, p. 468.

⁶⁴ PEÑA DE MORAES, Guilherme. Op. cit. p. 424)

Já, na chefia do Governo, a gerência dos negócios internos nos casos de natureza eminentemente administrativa são vistos no art. 84, incisos I, II, III, IV, V, VI, IX a XXVII.

Sendo a função de administrar a coisa pública (*res publica*) típica do Executivo, ainda cabem as funções de legislar, por medidas provisórias (art. 62, CF), e julgar, no contencioso administrativo, como funções atípicas deste poder⁶⁵. O Presidencialismo ainda deve “garantir a independência entre Executivo e Legislativo.”⁶⁶

O Presidente, englobando seus Ministros de Estado, em regra, governa sem responsabilidade política perante o Poder Legislativo, somente podendo ser julgado por crimes de responsabilidade em hipóteses excepcionais, como seria o caso do *impeachment*:

Assim, o Presidente da República não possui o poder de dissolver o Congresso Nacional, e tampouco o Poder Legislativo pode demitir o Chefe do Executivo ou influir na escolha de seus auxiliares diretos (Ministros, Secretários).⁶⁷

São, portanto, funções precípuas do Executivo a atuação na chefia do Estado, basicamente opera nas relações internacionais, e na chefia do Governo, sendo líder interno da política nacional e administrando o governo. As funções atípicas consistem em legislar, no que a Constituição Federal lhe conferir, e julgar administrativamente.

1.3.3. Poder Judiciário

Além das funções de legislar e administrar, o Estado possui a função de julgar aqueles que agirem contra as leis ou à administração. Portanto, tem a sua atribuição “*jurisdicional, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade.*”⁶⁸

O poder Judiciário é, provavelmente, dentre os três poderes do Estado, o que mais tem crescido em importância. Antigamente visto com um poder secundário perante a importância do Legislativo e do Executivo, tendo sido considerado por Montesquieu como um poder nulo, o Judiciário tem recebido muita importância no sistema brasileiro, talvez até pela grande demanda recebida e pela vontade do povo em resolver qualquer lide, por minúscula que seja, perante a autoridade judicial – esse tem, nos dias atuais, adquirido prestígio similar aos demais poderes:

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 469.

⁶⁶ Ibidem, p. 468.

⁶⁷ Ibidem, p. 468.

⁶⁸ Ibidem, p. 503.

o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.⁶⁹

Atualmente, impossível seria visualizar um Estado democrático e livre sem a presença do poder Judiciário, também livre, autônomo e independente, que exerça sua função de proteger as Leis e a Constituição.

Dessa necessidade de independência do judiciário, surge a importância conferida às garantias dos seus membros, tais como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.⁷⁰

A função típica do poder Judiciário é, portanto, a jurisdicional, ou seja, “*julgar aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultando de um conflito de interesses.*”⁷¹

Tal como os demais poderes, o judiciário ainda possui suas funções atípicas, que possuem natureza administrativa e legislativa.

De natureza administrativa são diversas as funções que buscam administrar a estrutura de todo o poder judiciário, podendo ser citadas, como exemplos, a concessão de férias aos seus membros e serventários (CF, art. 96, I, f) e o provimento dos cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição (CF, art. 96, I, c).

Já as de natureza legislativa, tal qual a administrativa, visa a organização estrutural do judiciário, como a elaboração de seus regimentos internos, “*com observância das normas de processos e das garantias processuais das partes, dispondo sobre as competências e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.*”⁷²

Mais simples e objetivas são as funções do Judiciário, consistindo tipicamente, portanto, no julgamento de casos aplicados à legislação, bem como, atipicamente, na organização de sua estrutura interna através de atos de administração e criação de normas.

1.3.4. Sistema de freios e contrapesos

A independência e harmonia entre os poderes, como trata a CRFB/88, não visa uma divisão absoluta entre eles, mas sim que trabalhem juntos para o fim precípua do Estado, ou, nas palavras de Francisco Sá filho: “Os poderes devem concorrer harmoniosamente para ‘o

⁶⁹ Ibidem, p. 500 e 501.

⁷⁰ Ibidem, p. 501.

⁷¹ Ibidem, p. 503.

⁷² Ibidem, p. 503 e 504.

grande fim social’, eximindo-se de conflitos e rivalidade e porfiando em manter um justo equilíbrio, em que suas atividades paralelas convergem para uma só e grande missão.”⁷³

Na verdade, o texto constitucional é claro, pois quando trata de poderes independentes, traz em seu significado a vontade do constituinte originário de que os poderes tenham ação própria e privativa, mas não sejam indiferentes ou estranhos entre si.

E, a maior das expressões que demonstra este desejo é quando se refere a “harmônicos entre si”, pois significa dizer que devem colaborar um com o outro, com entendimento e auxílio mútuos. Devem ser todos, portanto, coordenados, visto que “independência e harmonia geram a interdependência, que é o conjunto das relações entre eles”.⁷⁴

Para que haja tal coordenação, harmonia e independência é que o direito estadunidense desenvolveu a fórmula dos *checks and balances* – no Brasil, traduzido para “sistema de freios e contrapesos” – o qual é definido por Peña de Moraes⁷⁵:

O sistema de freios e contrapesos provoca a limitação do poder político na medida em que estabelece a interpenetração das funções estatais e o controle recíproco entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com a finalidade impedir potenciais excessos dos Poderes do Estado, funcionando como condição de legitimidade do Governo. Em desfecho: “Os *checks and balances* consistem na garantia de manutenção do equilíbrio constitucional entre os Poderes do Estado, sendo certo que, em face de determinada ação ou omissão do Executivo, Legislativo ou Judiciário, o contraste constitucional que um outro pode exercer para contê-lo (freio) ou para restabelecer o equilíbrio (contrapeso) constitui um freio ou contrapeso ao dito Poder.” (GARVEY, John; ALEINIKOFF, Alexander. *Modern Constitutional Theory*. Saint Paul: West Publishing, 1991, p. 11)

Portanto, para que a teoria da separação dos poderes tenha aplicabilidade, deve vir “acompanhada de um detalhado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), consistente em controles recíprocos.”⁷⁶

No entanto, ressalta Moraes que a concepção de *checks and balances* e sua ampla aplicabilidade é moderna e tem sido inserida nos pensamentos doutrinários apenas mais recentemente:

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).⁷⁷

⁷³ SÁ FILHO, Francisco. Op. cit. p. 34.

⁷⁴ Ibidem, p. 35.

⁷⁵ PEÑA DE MORAES, Guilherme. Op. cit. p. 312.

⁷⁶ MORAES, Alenxadre de. Op. cit. p. 512.

⁷⁷ Ibidem, p. 411.

Para assegurar a aplicação do sistema de freios e contrapesos, a CRFB utilizou-se de duas modalidades: Concessão de direitos e garantias aos membros de cada um dos poderes; e, mecanismos de controle de um poder sobre o outro.

Os direitos e garantias são conferidos aos membros de cada poder a fim de que estes realizem seus trabalhos sem temer interferências em suas funções:

Lembra Moraes, que as garantias são invioláveis e imposteráveis:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e imposteráveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo.⁷⁸

D'outro vértice, o constituinte estabeleceu uma reciprocidade de controles entre os órgãos, em que cada um tem o dever de fiscalizar o outro.

São exemplos de controle do Legislativo sobre o Executivo os artigos 49, I (aprovação de tratado ou convenção internacional) e V (sustação de atos normativos ou delegação legislativa); 51, I; 52, I, c/c 86 (autorização para instauração de processo, instrução e julgamento de *impeachment*); 58, § 3º (instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito); 66, § 4º (rejeição de veto), entre outros que poderiam ser encontrados na Constituição Federal.

Já o controle do Executivo sobre o Legislativo é visto através da edição de medida provisória (art. 62, CF), pelo veto (art. 66, § 1º), pela delegação legislativa (art. 68) e demais exemplos dispostos na Constituição.

O Legislativo estabelece controle sobre o Judiciário quando fixa o subsídio dos magistrados (arts. 48, CV, 96, II, alínea *b* e 99), pela disciplina da organização judiciária (art. 48, IX), pela criação, transformação e extinção de cargos (arts. 48, X, e 96, II, alínea *b*), até mesmo pelo *impeachment* dos Ministros do Superior Tribunal Federal (art. 52, II) e aprovação destes (art. 52, III, *a*), entre outros.

O Executivo exerce seu controle sobre o Judiciário, por exemplo, pela concessão de indulto e comutação de penas (art. 84, inc. XII), pela nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais (Federais, Eleitorais e do Trabalho) do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal Militar (arts. 84, XIV, c/c art. 101, parágrafo único, 104, parágrafo único, 107, 111-A, 115, 119, II, 120, § 1º, III, e 123).

⁷⁸ Ibidem, p. 410.

Por fim, o Judiciário controla os demais poderes através, por exemplo, do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos (arts. 58, § 2º, I, e 66, § 1º c/c arts. 36, III, 102, I, *a*, § 1º e § 2º, e 103, § 2º)⁷⁹.

Essas prerrogativas, tanto as imunidades e garantias dos membros de cada poder quanto o controle recíproco exercido entre eles, servem como instrumento para consolidar a democracia e “*configuram-se previsões originárias do legislador constituinte dentro do equilíbrio que deve pautar a harmonia entre os Poderes da República.*”⁸⁰

Moraes ressalta ainda que o legislador constituinte teria elevado o Ministério Público a força de defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos poderes públicos, sendo um dos principais sustentadores da teoria dos freios e contrapesos, atingindo, talvez uma força de quarto poder.

Essa, no entanto, é questão que não merece ser aqui discutida, importando apenas saber que o Ministério Público tem função curial na fiscalização do exercício dos três poderes.

1.4. Hierarquia informal dos poderes

Harmônicos, independentes, divididos e os mais diversos adjetivos são utilizados para definir a separação dos poderes, bem como a soberania e autonomia de cada um deles. Mas, apesar da igualdade formal concedida a estes, é tendência, mesmo que informal, que cada sociedade estabeleça uma hierarquia entre eles.

O próprio John Locke já definia uma aparente liderança do legislativo sobre os demais poderes:

Como bem salienta PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA, o poder supremo para Locke é o **legislativo**, os demais poderes dele derivam e a ele estão subordinados. Compete ao poder executivo, cuja existência é perene, a aplicação das leis. LOCKE ainda concebe um terceiro poder, que apesar de distinto, não pode ser separado do executivo, ao qual denomina de **federativo**, ao qual incumbe o *relacionamento com os estrangeiros, a administração da comunidade com outras comunidades, compreendendo formação de alianças e decisões sobre a guerra e a paz.*⁸¹ (grifos do autor)

Montesquieu, além de considerar que o poder judiciário é nulo, como já citado, ainda diz que entre o Legislativo e o Executivo “como esses poderes têm a necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito.”⁸²

⁷⁹ PEÑA DE MORAES, Guilherme. op. cit. p. 312 e 313.

⁸⁰ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 513.

⁸¹ MALDONADO, Maurílio. Op.cit. p. 5.

⁸² MONTESQUIEU. op. cit. p. 185.

Difícil seria pensar em um sistema em que todos os poderes ficassem equilibrados sempre, pois a cada sociedade se fará necessário que um deles sobressaia, sem, no entanto, interferir nas funções dos demais:

Independência, harmonia e interferência, porém, não implicam em igualdade de forças, nem teórica, nem praticamente. Um poder terá mais força do que os outros, contanto que os não domine. A ascendência, supremacia ou onipotência devem ser postergadas, em prol do equilíbrio do mecanismo do estado, mas esse equilíbrio não exige, necessariamente, igual nível de capacidade de ação.⁸³

Talvez essa prevalência do legislativo sobre os demais poderes, como visto em Locke e Montesquieu, seja devida pelo modo parlamentarista como era vista a melhor forma de governo da época.

No entanto, nos Estados Unidos da América, Estado presidencialista e que temia a tirania do legislativo, através de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay passou a construir um modelo que “mitigasse a supremacia do Poder Legislativo, conferindo maior equilíbrio à relação entre os poderes, objetivando, na realidade, o fortalecimento do Poder Executivo.”⁸⁴ Assim, a cultura da sociedade definirá qual poder será mais sobressalente e exercerá uma espécie de interligação entre governo e sociedade:

É justamente pela desigualdade de forças entre os poderes, que se definem os regimes políticos. Na Inglaterra, como na França, a ruptura do equilíbrio observa em benefício do Legislativo, ao passo que nos Estados Unidos, no Brasil e nações sul-americanas o beneficiário é o Executivo.⁸⁵

Inclusive o primeiro modelo brasileiro, durante o Império, saldou maior poder ao chefe do Executivo ao confundir sua titularidade com a do Poder Moderador, já exercida pelo Imperador Dom Pedro I.

Mas foram os próprios norte-americanos os grandes responsáveis por “situar o Poder Judiciário *no mesmo nível político dos outros dois ramos do governo*”⁸⁶ (grifo do autor). Tal se deu por conta do caso *Marbury versus Madison* (1803) em que foi conferido ao judiciário o poder da *judicial review* (revisão judicial) em que se estabeleceu a competência do Judiciário dizer o que é lei.

Ou seja, estabeleceu-se nos Estados Unidos o primeiro controle de constitucionalidade das leis por parte do judiciário, sistema que é aplicado na atual Constituição brasileira a exemplo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), ambas previstas no art. 102, inciso I, alínea “a”.

⁸³ SÁ FILHO, Francisco. Op. cit. p. 42

⁸⁴ MALDONADO, Maurílio. op. cit. p. 6.

⁸⁵ SÁ FILHO, Francisco. Op. cit. p. 42

⁸⁶ MALDONADO, Maurílio. Op. cit. p. 7.

Talvez o Judiciário seja visto, ainda, como um poder inferior aos outros dois, pois, seria um poder que se volta ao estudo do passado, visto que “o Poder Legislativo se projeta para o futuro, o Executivo vive no presente e o Judiciário se volta para o passado”⁸⁷

Pode ser observado, porém, que no direito atual o judiciário tem deixado de ser aquele poder submisso ao legislativo e ao executivo e tem passado a ter certa participação no equilíbrio das nações, como Maldonado vê no Brasil⁸⁸:

A despeito, entretanto, da excessiva participação do Poder Executivo no processo legislativo, inclusive com a possibilidade da edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, com força de lei, e também da concentração exagerada de matérias reservadas ao legislador federal, por força da repartição vertical (entre União, Estados e Municípios) de competências adotadas pelo constituinte de 88, a limitação do poder no Brasil experimentou uma importante evolução, em especial com o reforço do papel do Poder Judiciário e do Ministério Público, na tutela dos interesses coletivos e difusos, da tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, C.F.).

Através da análise histórica feita neste estudo, simples observar que sempre houve um pequeno desequilíbrio entre os poderes que, em alguns casos, foi capaz de causar uma ingerência na harmonia e independência destes. É de se evitar que este desequilíbrio seja tamanho que agigante o Executivo e “instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.”⁸⁹

Tampouco devem agigantarem-se o Legislativo ou o Judiciário, pois o poder jamais deve estar nas mãos de apenas uma classe. Para isso, é cediço que as garantias e imunidades de cada um dos órgãos sejam mantidas e aprimoradas, bem como suas funções típicas e atípicas devem evoluir com a sociedade em que estão inseridas para que o sistema de freios e contrapesos permaneça impedindo governos tirânicos, despóticos e desequilibrados.

⁸⁷ SÁ FILHO, Francisco. Op. cit. p. 37;

⁸⁸ MALDONADO, Maurílio. Op. cit. p. 16

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 410.

2. FORMA DE COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. Perspectiva histórica: o Supremo Tribunal do Federal no Brasil.

A história do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil tem início antes mesmo de sua criação, com as Cortes Superiores que o antecederam e o influenciaram.

Deve, portanto, ser estudada, pelo menos, desde a chegada dos portugueses, mesmo com a organização da sociedade brasileira que era irrisória naquela época e dependia em sua totalidade do governo português:

PRIMÓRDIOS DA JUSTIÇA – Qualquer registro sobre a evolução histórica do Supremo Tribunal Federal será incompleto se não mencionar o período de colonização do Brasil. Isto porque, com o descobrimento, Portugal não se preocupou somente com as riquezas mas, além de desenvolver o comércio marítimo, também cuidou da Justiça, na medida em que foi conquistando nossa terra.⁹⁰

Em 1587 foi criado o primeiro grande órgão judiciário no Brasil, chamado de Tribunal de Relação. Deveria ter sede no estado da Bahia, e ser composto por dez ministros. Porém, não obteve êxito, já que os desembargadores viriam de Portugal e, após um naufrágio, somente três chegaram às terras da colônia.⁹¹

Somente, então, em 7 de março de 1609, D. Felipe criou o primeiro Tribunal da Relação do Brasil. Sua formação era semelhante ao do século XVI, sendo composto por um Chanceller; três Desembargadores de Aggravos, um Ouvidor Geral; um juiz dos Feitos da Corôa, Fazenda e Fisco; um Provedor dos Feitos da Corôa, Fazenda e Fisco e Promotor da Justiça, um Provedor dos Defuntos e Resíduos e dois Desembargadores Extravagantes⁹².

Com a chegada da Família Real em 1808 ao Brasil, instituiu-se aqui um Tribunal denominado de “Mesa de Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens”. Nele eram analisadas as causas que deviam ser encaminhadas para Portugal, inclusive as de competência do Conselho Ultramarino.⁹³

Um mês após a criação da Mesa de Desembargo, Dom João, em 10 de maio de 1808, em decorrência da Casa de Suplicação de Lisboa estar ocupada pelas tropas de Junot, criou a Casa da Suplicação do Brasil que, até 1828, “funcionou como órgão de cúpula da nossa organização judiciária”⁹⁴:

É, por nós, considerado o embrião histórico do Supremo Tribunal, justamente pelo seu grau de jurisdição inserido no inciso I do referido alvará

⁹⁰ BOMFIM, Edson Rocha. Supremo Tribunal Federal: perfil histórico. Rio de Janeiro, Forense, 1979. p. 3.

⁹¹ Ibidem, p. 4.

⁹² Ibidem, p. 4.

⁹³ Ibidem, p. 6.

⁹⁴ Ibidem, p. 6.

que a considerava: “(...) como Superior Tribunal de Justiça para nelle se findarem todos os pleitos em ultima Instancia, por maior que seja o seu valor, sem que das ultimas sentenças proferidas em qualquer das Mezas da sobredita Caza se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas”⁹⁵.

Com o fim da colônia e independência brasileira em 1822, estabelecida a primeira constituinte brasileira, frisou-se pela necessidade de independência do judiciário e, portanto, sua estruturação.

Somente em 1828, porém, foram cumpridas as determinações da Constituição do Império, pela Lei de 18 de setembro, instituindo o Supremo Tribunal de Justiça. Após longos debates acerca da quantidade de Ministros que deveriam ter este Tribunal, decidiu-se por treze (o mesmo número do texto original da Lei)⁹⁶.

Outro ponto polêmico foi a quem caberia a escolha do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. A primeira determinação era de que o Imperador teria liberdade de escolha:

Os debates foram encerrados na Câmara dos Deputados com a aprovação, na sua essência, de emenda proposta por Vergueiro, pois o projeto foi encaminhado ao Senado determinando que o Presidente do supremo seria eleito pelos seus pares. No Senado a matéria ganhou nova conotação, pois os debates se sucederam, no sentido de que a escolha caberia ao Imperador, conforme opinou Matta Bacelar. Outra corrente foi defendida por Gomide, acompanhado de Carneiro de Campos, que sugeriu a nomeação, também pelo soberano, por meio de lista tríplice.⁹⁷

O tribunal foi finalmente implantado pelo decreto de 2 de janeiro de 1829 e, pouco antes do fim do Império, a Corte estudou uma reforma do judiciário:

A Corte do Império, no entanto, mesmo dominada pela monarquia unitária, reclamava, nos últimos anos de sua existência, um aperfeiçoamento funcional, como aliás é reconhecido pelo próprio Imperador que, em 1888, enviou aos Estados Unidos Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues, para observar a organização e funcionamento da Corte Suprema, pois já era sua intenção transferir, para o Supremo, as atribuições do Poder Moderador.

Com o fim do Império, advento da República e a instituição de nova constituinte, foi mudada a nomenclatura de Supremo Tribunal de Justiça para Supremo Tribunal Federal e instituída a dualidade da magistratura.

O Supremo Tribunal Federal, instituído pelo Decreto n.º 848, de 1890, editado pelo Governo Provisório da República, pouco foi alterado desde a sua instalação, em 28 de fevereiro de 1891, quatro dias após a promulgação da primeira Constituição republicana do

⁹⁵ Ibidem, p. 6.

⁹⁶ Ibidem, p. 14-17.

⁹⁷ Ibidem, p. 19.

Brasil, podendo ser dito que a história da República brasileira encontra-se intimamente ligada ao STF⁹⁸.

Quando criado, além de ter as atribuições de julgar originariamente representantes de determinados cargos públicos e de ser o guardião da Constituição, também competia ao STF servir como última instância recursal das sentenças advindas das Justiças dos Estados quando se tratar de aplicação de tratados e leis federais – tarefa hoje entregue ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Foi, portanto, em 1894, pela Lei 221, que se ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal, “merecendo referência, pela importância, a primeira alusão ao poder do Tribunal para declarar a inconstitucionalidade de leis federais ou estaduais”⁹⁹.

Para compor o quadro de Ministros da Suprema Corte brasileira, com quinze Ministros à época (art. 56, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), o constituinte originário de 1891 se utilizou do modelo norte-americano através de “nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado, de cidadão de notável saber e reputação”¹⁰⁰ e que fossem elegíveis para o senado (art. 56 da Constituição de 1891).

Esse sistema decorre das atribuições conferidas ao Presidente da República que, no exercício de suas três chefias (chefe de Estado, de Governo e da Administração), tem o “poder de nomear (*the appointing Power*) os titulares de cargos públicos, civis e militares”¹⁰¹.

Entretanto, Floriano Peixoto, o segundo Presidente da República, jamais nomeou todos os Ministros necessários para preencher as vagas existentes no Tribunal, fazendo, durante muito tempo, que os trabalhos do STF ficassem estagnados, por falta de *quorum*.

Ainda, entre os poucos nomeados, estavam o médico Cândido Barata Ribeiro (foi Ministro por quase um ano antes de ter sua nomeação anulada pelo Senado) e os generais Inocêncio Galvão e Ewerthon Quadros, que não chegaram a tomar posse¹⁰².

Somente em 1931, com o Decreto n.º 19.656, foi mudada a composição do STF para os moldes hoje utilizados, com onze Ministros. Alterações posteriores na quantidade de Ministros ocorreram apenas durante as Ditaduras Vargas e Militar.

Ressalta-se que a mudança, em 1931, não se deu por motivos democráticos, mas, sim, por ato discricionário do então Presidente da República Getúlio Vargas, que aposentou seis Ministros considerando que “imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de

⁹⁸ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Forma de investidura dos ministros do STF. Revista jurídica consulex Brasília, CONSULEX v.218, fev. 2006, p. 26.

⁹⁹ BOMFIM, Edson Rocha. Op. cit. p. 47.

¹⁰⁰ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Op. cit. p. 27.

¹⁰¹ SÁ FILHO, op. cit. p. 138.

¹⁰² BOMFIM, Edson Rocha. Op. cit. p. 54.

ministros que se incompatibilizaram com as funções por motivo de moléstia, idade avançada ou outros de natureza relevante”¹⁰³.

Vargas voltou a interferir ainda mais vezes na independência do Judiciário, principalmente quando reivindicou o *appointing Power*:

Estava declarado o desrespeito ao tradicional processo de eleição, em que era escolhido o ministro mais antigo. Mesmo assim, verificamos que Getúlio Vargas não conseguiu dominar a Corte, o que se comprova com os sucessivos decretos-lei, baixados com o propósito de anular decisões de inconstitucionalidade.¹⁰⁴

Na verdade, o processo de escolha do Presidente do Supremo, desde a sua criação, sempre ocorreu através de eleições realizadas entre os Ministros que, a fim de evitar disputas políticas internas, optam, tradicionalmente, por escolher o Ministro mais antigo que ainda não foi Presidente.

Tradição que decorre desde a criação do STF até os dias atuais, tendo sido quebrada poucas vezes quando o poder Executivo interferiu diretamente no Judiciário.

Através do mesmo processo histórico, inclusive, foi eleito o atual presidente do Supremo, Ministro Cezar Peluso, o qual defende este modelo de eleição, visto que põe a Corte “a salvo de lutas intestinas e dadas por ambições pessoais incontroláveis”¹⁰⁵.

Retomando a história do STF, o Regime Militar foi um período de ingerências do Executivo no Judiciário, em que as alterações dos números de Ministros voltaram a ocorrer, quando foram aposentados compulsoriamente cinco ministros do Supremo, pois, críticos à Ditadura Militar.

Parece, na verdade, que o primeiro momento de independência que o Supremo tem vivido, é exatamente após a Constituição de 1988, a cidadã, como é conhecida. Isso porque nela se inseriu diversos princípios que defendem e controlam a força de um poder sobre o outro e, principalmente, porque, pela primeira vez, é visto que se tenta respeitar ao máximo os princípios nela insertos.

Apesar de a história do STF ser recheada de intromissões de outros poderes, principalmente, do Executivo, um dos juristas e políticos brasileiros que mais contribuiu para a evolução e independência deste órgão, segundo Edson Rocha Bomfim, foi Ruy Barbosa:

Coube a Ruy Barbosa um grande papel na evolução do pensamento jurisprudencial da nossa Suprema Corte. Quando um dia se escrever a história do Supremo Tribunal desde os seus primórdios indecisos e

¹⁰³ Ibidem. p. 44.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 56.

¹⁰⁵ NOTÍCIAS STF. Ministro Cezar Peluso é eleito novo presidente do STF para biênio 2010-2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121604>> Acesso em: 21/11/11.

vacilantes em face da declaração de inconstitucionalidade uma lei do Congresso, será preciso reservar à obra de doutrinação do insigne constitucionalista um lugar de honra¹⁰⁶. (grifo do autor)

Atualmente se percebe um Supremo muito mais livre para exercer as suas funções sem a dependência formal do poder Executivo. Informalmente, todavia, ainda se vê algumas complicações que devem ser excluídas do exercício do judiciário, principalmente de seu mais alto órgão. Por isso, deve ser mantida a legislação em constante evolução para priorizar a não interferência política no poder que, segundo Montesquieu, deveria ser nulo e invisível.

2.2. Suprema Corte Americana: influência no Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte estadunidense é, provavelmente, a mais similar à brasileira. E isso não se deve a mera coincidência, mas, sim, ao fato de ter sido tomada como base para a construção do modelo brasileiro que, desde o seu início, em 1891, passou a adotar o sistema norte-americano em sua estrutura.

Aliás, tão clara é a influência do sistema norte-americano no STF, que os doutrinadores brasileiros, principalmente os mais antigos, ao comentar sobre a estrutura e a importância do Supremo, reportam-se, algumas das vezes, a doutrinadores e políticos de lá, tal como Bomfim opta por se reportar ao General Dwight Eisenhower:

Memoráveis as palavras do Presidente do Estados Unidos, Gen. Dwight Eisenhower, quando de sua visita ao egrégio Tribunal, em 24 de fevereiro de 1960: “Penso que as decisões e os votos do Supremo Tribunal Federal são mais do que simples decisões; são votos relacionados com a obrigação de resguardar o direito do indivíduo para impedir que a lei extravie do processo constitucional. Estas decisões, e estes votos constituem uma lição não somente para a própria Corte, mas para a Nação inteira, porque a verdadeira força da democracia reside no coração dos homens que a compõem.”¹⁰⁷

Nos Estados Unidos a Suprema Corte é formada por nove ministros, sendo o processo caracterizado por um cunho expressamente político, porém com estrutura igual à brasileira, em que “o Presidente nomeia, o Senado aprova e o Presidente confirma.¹⁰⁸”

Na verdade, pouco se difere em qualidade a quantidade de Ministros que cada Corte tem, pois referente muito mais ao volume de processos que cada uma deve ter do que à justiça que será feita nela. Como no Brasil o STF possui mais atribuições do que a Suprema Corte norte americana, também necessário que aqui haja mais Ministros do que lá, a fim de que se mantenha a celeridade de forma eficiente.

¹⁰⁶ BOMFIM, Edson Rocha. Op. cit. p. 44.

¹⁰⁷ Ibidem, p. XV.

¹⁰⁸ SÁ FILHO, op. cit. p. 141.

Quanto à indicação dos Ministros pelo Presidente da República, é um sistema criado pelos Estados Unidos da América que fora adotado no Brasil desde a criação do STF. No entanto, é um sistema que sempre gerou muitas divergências, inclusive pelo modo como é, na prática, aplicado.

Isso porque, no Brasil, é tido como um modelo em que o Presidente deve indicar alguém neutro, sem depender de influências e longe de qualquer vinculação política.

Já nos Estados Unidos se traduz num processo político muito mais complexo do que o apresentado, visto ser “*marcado por disputas entre as grandes forças político-partidárias dominantes na democracia norte-americana*”¹⁰⁹, (grifo do autor) em que a aprovação do futuro ministro pelo senado não se dá por mero ato formal, visto que a “*sabatina dos senadores americanos possui também um cunho político ideológico*”¹¹⁰.

Nas palavras de Sá Filho, esse “*poder de nomear e demitir é tremenda arma política nas mãos do Presidente da República. Deve ser exercido com discrição e sabedoria*”¹¹¹

Tal é a incumbência e o peso desta nomeação à Suprema Corte, que o presidente Willian Howard Taft “*cepticamente sustentava, de modo diverso, que toda vez que fazia uma nomeação, dentre uma dezena de candidatos, ganhava ‘nine enemies and one ingrate’*”¹¹².

Porém, assim como qualquer outra atribuição do presidente, a indicação de Ministros à Suprema Corte também se torna um jogo político entre o Executivo e o Legislativo, em que quando o Presidente acata os pedidos parlamentares, “*facilita a obtenção dos meios legislativos, de que necessita o Executivo, para o desempenho de seus programas. Seria, porém, um processo condenável de corrupção, através do ‘patronage’, que é um dos vícios da democracia*”¹¹³.

Em decorrência disto, surge a necessidade de aprovação do candidato pelo senado como um freio ao poder arbitrário do Presidente, devendo impedir a nomeação de pessoas com pouco saber jurídico e “*inidôneas, apontadas por motivos de amizade, laços de família, injunções partidárias*”¹¹⁴:

O Senado tem o direito e o dever de averiguar o preenchimento dessas condições por parte do escolhido, não bastando reconhecer os temas frios do seu curriculum vitae, nem suas qualidades intelectuais, mas atentando,

¹⁰⁹ JALORETTO, Maria F.; MUELLER, Bernardo P. M. O procedimento de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. *Economic Analysis of Law Review*, Vol. 2, Nº 1, 2011, p. 170-187. p. 172.

¹¹⁰ JALORETTO, Maria F.; MUELLER, Bernardo P. M. op. cit. p. 172.

¹¹¹ SÁ FILHO, Francisco. op. cit. p. 147.

¹¹² Ibidem, p. 148.

¹¹³ Ibidem, p. 148.

¹¹⁴ Ibidem, p. 152.

principalmente, sobre o teor moral de sua vida pública e privada, que não pode raiar pelas fronteiras da lei penal¹¹⁵.

Até porque, o poder de investigação do senado é um poder implícito (“*implied powers*”) que “compreende todos os meios necessários à consecução dos fins previstos na Constituição que não sejam vedados pelas restrições expressas na mesma Constituição”¹¹⁶.

Para Hamilton, a atribuição do senado deveria se limitar a “examinar os méritos do nomeado. Para tanto, pode fazer as investigações que julgar necessárias. Por motivo de cortesia, não deve retardar seu pronunciamento.”¹¹⁷

Obviamente, por ser um processo político, a aprovação pelo Senado dependerá bastante de sua relação com o chefe do executivo.

Em outros países, inexistente a aprovação pelo senado, cabendo única e exclusivamente ao presidente nomear os Ministros do STF:

Na França, como na Itália, o poder executivo de nomear independe da aprovação de qualquer outro poder, respeitado, assim, o velho princípio de Montesquieu. No primeiro desses países, pode haver delegação do poder e certas nomeações da mais alta categoria, como a de desembargadores, têm de ser feitas em conselho de Ministros.¹¹⁸

Porém, com a finalidade de justificar a doutrina seguida no Brasil, J. Barbalho segue a opinião de Hamilton, “para quem a intervenção do Senado evita as injunções pessoais e as preocupações de ambição ou popularidade. A maior estabilidade da Câmara alta aconselha sua escolha para essa missão”¹¹⁹.

Como o sistema consiste em indicação pelo Presidente da República, aprovação do Senado e posterior nomeação pelo Presidente da República, pode, ainda, acontecer que este último, após aprovação do Senado, desista da nomeação.

Outro ponto em que o Brasil diverge de alguns países europeus (tais como Alemanha e Portugal), é na desnecessidade do requisito objetivo de formação do futuro Ministro em Ciências Jurídicas. Portanto, “diferentemente do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal Constitucional português, o STF não pode ser considerado um Tribunal composto somente por ‘homens da lei’.”¹²⁰

No que tange ao judiciário, também dos Estados Unidos advém o modelo de estruturar este poder com um Tribunal supremo (ou superior) e por diversos tribunais inferiores¹²¹.

¹¹⁵ Ibidem, p. 152.

¹¹⁶ Ibidem, p. 153.

¹¹⁷ HAMILTON *apud* SÁ FILHO. Op. cit. p. 141.

¹¹⁸ SÁ FILHO, op. cit. p. 149.

¹¹⁹ Ibidem, p. 150.

¹²⁰ MORAES, Alexandre de. op. cit. p. 545.

¹²¹ BOMFIM, Edson Rocha. Op. cit. p. 59

Mas, em que pese toda a influência e semelhança entre ambas as Cortes, observa-se no Brasil, uma maior independência formal do judiciário.

A uma, porque possui o direito de legislar sobre a sua própria estrutura – como já falado no capítulo sobre as funções típicas e atípicas de cada poder.

A duas, porque no Brasil, o presidente do STF é eleito pelo seus próprios pares (mesmo que o voto seja sempre ao de maior idade), em votação secreta e sem interferência de outros poderes. Já nos Estados Unidos, o presidente do STF é também escolhido pelo Presidente da República:

Observando-se as duas Cortes, conclui-se que a principal distinção se refere ao exercício da presidência. No Brasil, a partir da República, o Presidente do Supremo Tribunal é eleito pelos seus pares, cumprindo um mandato de dois anos, sendo vedada a reeleição para o período imediato. Esta eleição, no entanto, apesar de ser feita por votação secreta, elege o ministro mais antigo do Tribunal, segundo praxe adotada.¹²²

E, a três, pois lá não é vedada a reeleição do *Chief Justice*, podendo ocorrer mandatos muito longos, “como p. ex., J. Marshall, Taney e Hughes, que permaneceram na presidência durante trinta e cinco, vinte e oito e onze anos, respectivamente”¹²³.

Aliás, é de ser observado, como já foi falado no capítulo sobre hierarquia entre os poderes, que o sistema norte-americano estabelece uma clara soberania do poder Executivo sobre os demais poderes. Ponto este que, no Brasil, ao menos formalmente, tenta-se expulsar dos conceitos doutrinários para que haja, sempre, a harmonia entre todos os poderes prevista na Constituição.

Porém, na prática, também é obvio que no Brasil o poder Executivo é hierarquicamente superior aos demais.

Outro ponto em que os EUA influenciaram o Brasil foi no quesito das jurisprudências e súmulas dominantes do supremo que devem ser seguidas pelos demais Tribunais¹²⁴, no qual, atualmente, além das jurisprudências, o STF ainda possui as súmulas vinculantes, que carregam a obrigação de serem seguidas pelos Tribunais inferiores.

Por fim, a grande influência dos Estados Unidos sobre o Supremo Tribunal brasileiro e, provavelmente, de grande parte do judiciário mundial, é o controle de constitucionalidade (*judicial review*).

¹²² Ibidem, p. 61.

¹²³ Ibidem, p. 61

¹²⁴ Ibidem, p. 66.

Sua criação, reconhecida pela imensa maioria dos doutrinadores, é norte-americana e nasce a partir do caso *Marbury versus Madison*, em que o então *Chief Justice* (Presidente da Suprema Corte Americana), John Marshall, assim declarou:

*“Se duas leis entram em conflito, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma. Assim, se uma lei opuser-se à Constituição e se ambas a lei e a Constituição aplicam-se a um caso particular, de modo que a Corte deva decidir aquele caso conforme a lei, desrespeitando a Constituição ou respeitá-la, recusando a lei, a Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da própria essência do dever judiciário. Se, então os tribunais quiserem respeitar a Constituição, e esta for superior a qualquer lei ordinária do Congresso, a Constituição, e não tal lei ordinária, deve governar o caso ao qual ambas se aplicam”.*¹²⁵

Logo, as supremas Cortes mundo a fora, assim como no Brasil, deixaram de ser apenas um órgão julgador de última instância e passaram a ser, também, um tribunal que julga a constitucionalidade das leis. No Brasil, este sistema, como já discorrido, é exercido a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI ou ADIn) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Ambas, com efeitos opostos, visam estabelecer a constitucionalidade ou não das leis criadas no congresso.

Como é de ser percebido, o direito estadunidense influenciou bastante a formação do Supremo Tribunal Federal que, atualmente, é regido por princípios muito semelhantes ao daquele país.

Tal foi a influência da Suprema Corte americana no Supremo Tribunal Federal que, nas comemorações do sesquicentenário deste, o ex-Presidente dos Estados Unidos, Dwight Eisenhower, foi convidado e descreveu a importância das grandes Cortes de cada nação:

*“A meu ver, Sr. Presidente, a função máxima de um Supremo Tribunal Federal numa república federativa como são as nossas, é a de garantir o império da lei, a fim de que este não possa ser dominado por processos que não sejam consentâneos com a Constituição, na interpretação desta Suprema Corte ...
Com esta responsabilidade e com esta autoridade, a Corte Suprema tem a função de verdadeira guarda na Justiça para o indivíduo e, na minha opinião, a razão mesma de um Governo democrático ou republicano é proteger o indivíduo em seus direitos, naqueles direitos que todos nós julgamos nos sejam devidos pelo fato de sermos criados por Deus, à imagem de Deus.”*¹²⁶

¹²⁵ Ibidem, p. 65.

¹²⁶ Ibidem, p. 67

2.3. Cortes Constitucionais da Europa – O modelo de composição e a justiça constitucional Européia.

Modelo diverso daquele criado pelos juristas estadunidenses surgiu na Europa, em que existe um tribunal superior que, no entanto, não exerce a função de guarda da constituição, cabendo esta às Cortes Constitucionais, as quais formam um Tribunal fora da hierarquia do poder Judiciário e exerce sua função em todos os graus de jurisdição, sempre quando instigada durante os processos, através de um recurso constitucional, que recebe nomes diversos em cada um dos países.

Esta idéia teve início, principalmente, com os estudos de Hans Kelsen e com seu modelo de Constituição adotado pela Áustria em 1920:

O modelo europeu, que possui atualmente uns trinta exemplos, não teria existido sem Kelsen. Com seus trabalhos e seu projeto de Constituição da Áustria de 1920, o mestre de Viena preparou um novo modelo de justiça constitucional, oposto ao modelo estadunidense.

No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições.

[...] O modelo europeu é muito diferente. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada¹²⁷

Mesmo com o modelo dos EUA já existente, os europeus preferiram seguir um sistema diverso, auxiliados por Kelsen e sustentaram uma nova forma de proteger as suas constituições. Louis Favoreu entende que diversos foram os motivos que influenciaram os europeus a seguirem esta direção diversa, tais como a incapacidade do juiz ordinário de exercer a justiça constitucional, a sacralização da lei, a ausência de unidade de jurisdição, a insuficiente rigidez da Constituição, alguns aspectos históricos¹²⁸ e:

Outras razões podem ser apontadas. Em primeiro lugar, as terríveis lições das experiências nazista e fascista que são causa imediata da criação das Cortes Constitucionais na Alemanha e na Itália e do restabelecimento da Corte austríaca. Foi também a vontade de fundar uma verdadeira democracia, após os períodos de ditadura, que sem dúvida explica a criação dos Tribunais espanhol e português. Nos diversos casos, se escolhemos o modelo kelseniano em vez do modelo estadunidense é porque, acima das controvérsias doutrinárias do período que precedeu a guerra, não temos mais confiança nos juízes ordinários. Além disso, não temos mais medo de ferir a soberania do legislador, pois o legislador falhou em sua missão; mostrou que

¹²⁷ FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais: tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 17 e 18.

¹²⁸ Ibidem, p. 20-22.

poderia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também.¹²⁹

Louis Favoreu ainda acredita que na maioria dos países que adotaram o modelo kelseniano “a jurisdição constitucional situa-se fora dos três poderes dos quais ela é encarregada de fazer respeitar as respectivas atribuições”.¹³⁰

Apesar de aplicadas em diversos países, estas cortes constitucionais apresentam características comuns que as igualam em determinados aspectos.

Basicamente, para existirem, elas costumam ser inseridas num contexto institucional e jurídico particular – são implantadas nos Estados dotados de regime parlamentarista ou semi-parlamentaristas, nos quais é aplicado um sistema de dualidade ou de pluralidade de jurisdições e de ordens jurídicas.

É comum, ainda, que haja um ordenamento constitucional – a Corte Constitucional é independente de qualquer outra autoridade estatal devido a organização, funcionamento e atribuições que os colocam fora do alcance dos poderes públicos que ela está encarregada de controlar; bem como, percebe-se a existência de um monopólio do contencioso constitucional, visto que a justiça constitucional é concentrada “nas mãos de uma jurisdição especialmente formada para tanto e que goza de um monopólio nesse domínio: o que significa que os juízes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado à Corte Constitucional.”¹³¹

Outra característica pertencente às Cortes Constitucionais é a presença de juízes não magistrados indicados pelas autoridades políticas, sendo que em alguns dos países, como é o caso da França, tampouco é necessário que os juízes sejam juristas. Porém, se percebe que na sua grande maioria, os indicados aos Tribunais Constitucionais são professores de Direito:

Se compararmos a composição real das diversas Cortes Constitucionais no presente momento, constataremos que há muitas semelhanças: as autoridades políticas, quaisquer que sejam, designam juízes próximos ou destacados por suas tendências políticas; de fato, na Alemanha, na Itália, na Espanha, na França ou na Áustria, os dois ou três principais partidos políticos dividem as escolhas entre si, mesmo quando, como na Alemanha ou na Espanha, tentou-se tomar precauções para evitá-lo; além disso, as origens dos membros são muito parecidas, tendo como características principal a grande proporção de professores universitários. Neste ponto, podemos observar que não é por acaso que, nos países considerados, a independência dos professores universitários é maior do que a dos magistrados.¹³²

Ainda, Louis Favoreu destaca que uma característica de fundamental importância destas Cortes é que a instituição é uma verdadeira jurisdição, pois “o que importa é que a Corte Constitucional afirme o Direito com autoridade de coisa julgada e que suas declarações de inconstitucionalidade possam terminar em anulações com efeito *erga omnes*”.¹³³

Porém, nitidamente, a qualidade comum mais importante destes Tribunais é o seu funcionamento como uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional:

¹²⁹ Ibidem, p. 23.

¹³⁰ Ibidem, p. 25.

¹³¹ Ibidem, p. 28.

¹³² Ibidem, p. 29.

¹³³ Ibidem, p. 32.

Essa é a diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira esta necessariamente – daí seu nome – colocada no cume de um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo aparelho jurisdicional. Como observa V. Crisafulli a propósito da Corte italiana, ela “não entra na ordem judiciária, nem na organização jurisdicional no sentido mais amplo do termo:... A Corte Constitucional... fica fora dos poderes estatais tradicionalmente conhecidos; ela forma um Poder independente cujo papel consiste em assegurar o respeito à Constituição em todos os domínios”. Isto é válido para todos os sistemas estudados, pois, como também destacou Kelsen, o órgão encarregado de fazer respeitar a Constituição não pode ser assimilado por um dos poderes que ele controla.¹³⁴

Outro ponto importante e comum entre estes Tribunais é a competência central comum, em que o controle da constitucionalidade das leis é concentrado, isto é, há uma submissão da vontade do Parlamento à vontade da norma jurídica, quer tratar-se de uma regra formal ou de uma regra substancial.

E, neste ponto, Louis Favoreu vê como sendo o verdadeiro problema para uma Corte Constitucional, pois ela pode “corrigir, até anular, as escolhas políticas fundamentais feitas pelo legislador, representante da vontade geral.”¹³⁵

Sendo que, o problema geral, na visão do autor, é, portanto:

Como canalizar a onda crescente dos recursos e fazer com que as causas mais importantes sejam julgadas em prazos razoáveis e com as garantias necessárias? Em muitos países estão previstas *reformas* e algumas delas foram postas em vigor (por exemplo, na Áustria em 1984 e na Espanha em 1989).

Isso deveria levar a uma reflexão mais aprofundada daqueles que, na França, propõem uma abertura maior aos recursos, a fim de torná-los mais “democráticos”: o exemplo italiano aconselha prudência quanto à introdução de outras formas de controle pelos Tribunais; os exemplos alemão e espanhol caminham na mesma direção, no que se refere ao recurso individual.¹³⁶

Este, na verdade, é também um dos grandes problemas encontrados no Supremo Tribunal Federal brasileiro, a grande demanda judicial e a incapacidade deste tribunal de devolver estes recursos decididos com celeridade.

Quanto ao modelo de composição destas Cortes, verifica-se que elas possuem diferenças, mas em muito pouco se distanciam do sistema brasileiro.

O número de Ministros varia um pouco, tendo o Conselho Constitucional Francês a composição de nove membros, enquanto a Corte Constitucional Alemão possui dezesseis Ministros e a Austríaca, quatorze membros e seis suplentes.

Em sua maioria, os membros são indicados pelo Presidente da Federação ou pelo Rei, que, em alguns casos, dividem a responsabilidade com o Parlamento e as Magistraturas Supremas.

¹³⁴ Ibidem, p. 33.

¹³⁵ Ibidem, p. 34.

¹³⁶ Ibidem, p. 39.

Apenas na Bélgica e na Áustria verifica-se o modelo de mandato até completar setenta anos de idade (similar ao brasileiro), enquanto em outros países este mandato tem duração de seis, nove e doze anos. Enquanto a idade limite, na Alemanha fica entre quarenta e sessenta anos de idade, na Áustria apenas existe idade máxima (setenta anos) e na Bélgica fica entre quarenta e setenta anos de idade. Na Itália, França, Espanha e Portugal não há limites de idade.

Importante aqui analisar também são os requisitos exigidos dos futuros membros na sua escolha.

Na Áustria o membro deve ser Juiz, funcionário ou professor universitário (oito membros) e ser jurista.

Na Alemanha, necessário que seja magistrado federal supremo (seis membros) e deve preencher as condições para ser juiz alemão.

Na Itália, o futuro Ministro deve ser magistrado, professor de direito ou advogado. Enquanto no Conselho Constitucional Francês não possui qualquer requisito profissional.

No Tribunal Constitucional Espanhol, o membro deve ser um jurista (magistrado, professor ou advogado).

Em Portugal o requisito é de ser juiz (pelo menos durante seis anos) ou jurista, e na Bélgica deve ter sido durante cinco anos alto magistrado ou parlamentar.

Percebe-se, portanto, que não há qualquer certeza quanto ao melhor modo de escolha, sendo que, no entanto, em grande parte destes países exige-se um requisito objetivo profissional, diferente do sistema brasileiro, que apenas exige requisitos subjetivos (no caso, notável saber jurídico e reputação ilibada).

2.4. Debate acerca do atual modelo de composição do Supremo Tribunal Federal

O atual modelo de composição do Supremo Tribunal Federal é alvo de muitos debates, pois, para alguns autores, o torna subordinado aos demais poderes do Estado, enquanto para outros, é a mera execução das funções típicas de cada um deles.

Um dos institutos que visa evitar tal subordinação é a inalterabilidade do número de Ministros que, por ser cláusula pétrea, está livre de ingerências dos poderes Executivo e Legislativo, as quais já ocorreram, como visto, no Governo Getulista e durante a Ditadura Militar.

Com base nisto é que surgem as críticas a outros mecanismos insertos na Constituição brasileira e que são vistos como passíveis de interferência externa à neutralidade do judiciário.

André Ramos Tavares, em breve artigo, discorre sobre o modelo atual do STF e a influência política que sofrem os magistrados:

Devo advertir o leitor que não se trata de qualquer tribunal, como já Havia percebido Campos Sales, enquanto ministro da Justiça do governo provisório republicano, em 1890, quando se instaurou definitivamente este modelo entre nós. Isso porque a esse tribunal se confere o “poder” de anular as leis que considere inconstitucionais, além de ter a última palavra sobre processos judiciais importantes e sobre a interpretação da Lei Máxima da nossa sociedade.

O modelo exclusivamente político e pessoal da escolha admite uma estranha e indesejada proximidade entre o futuro integrante do tribunal e o chefe do

Executivo que o indicou, numa espécie de cumplicidade que pode solapar a imprescindível imparcialidade que se espera do tribunal.¹³⁷

Este sistema está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 101 e no seu parágrafo único:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Assim, o primeiro requisito para ser investido no cargo de Ministro do STF é a idade. Já o segundo requisito, do qual debate-se bastante, consiste no notável saber jurídico que o candidato necessitará ter. O terceiro, reputação ilibada, por ser extremamente subjetivo, também é objeto de algumas críticas.

Por fim, há a necessidade de aprovação do candidato pelo Senado Federal em maioria absoluta, seguida de nomeação pelo Presidente da República..

Este modelo, por completo, importa em grande debate entre doutrinadores e, por algumas vezes já foi alvo de propostas que visaram a sua mudança:

Entendemos que alterações na forma de investidura dos membros do STF seriam importantes para a preservação de sua legitimidade e a ampliação de sua independência e imparcialidade, tornando-o efetivamente, um dos órgãos do Estado¹³⁸.

E, observa-se na pesquisa doutrinária que as críticas não acontecem em razão de provas existentes de ingerência de outros poderes no judiciário, mas sim por temores da possibilidade conferida pelo atual sistema de influência no STF:

Como se vê, é o sistema de “cooptação”, muito criticado porque dá ensejo a uma possível ingerência política nos destinos da Justiça. Se de um lado não se vislumbra razão para se sustentar o concurso público, como meio de seleção dos juízes da Corte Suprema, de outro, tampouco pode-se concordar com a forma atual, retrógrada, ultrapassada e típica dos regimes autoritários¹³⁹.

As críticas ocorrem, principalmente, em decorrência da função do STF como órgão do poder Judiciário que exerce liderança sobre os demais tribunais. Não são, portanto, relativas à função de Corte Constitucional, que também é exercida, como já explicado, pelo Supremo.

Isso porque, o STF, em suas decisões “sendo na modalidade vinculante ou não, exerce extrema influência sobre as decisões das demais cortes e dos juízes singulares”¹⁴⁰. Logo, qualquer interferência nesta Corte contaminará todas as outras inferiores e comprometerá a independência do poder Judiciário.

As primeiras críticas ao atual modelo surgem quanto aos requisitos de notável saber jurídico e reputação ilibada, pois ambos são extremamente subjetivos.

¹³⁷ TAVARES, André Ramos. O STF na agenda política. Folha de São Paulo, São Paulo. p. A3, 19/07/2008.

¹³⁸ Moraes *apud* JALORETTO, Maria F.; MUELLER, Bernardo P. M., op. cit. p. 173.

¹³⁹ Gomes *apud* JALORETTO, Maria F.; MUELLER, Bernardo P. M., op. cit. p. 173.

¹⁴⁰ JALORETTO, Maria F.; MUELLER, Bernardo P. M., op. cit. p. 173.

Como discutido quando da evolução histórica do sistema no Brasil, este tem a tradição de não exigir graduação dos Ministros em Ciências Jurídicas, sendo que, na criação do STF, sequer era necessário o saber jurídico, pois consistia apenas em “notável saber”.

Graças as nomeações feitas por Floriano Peixoto, que indicou um médico e dois militares para o cargo, os quais no entendimento do Senado, apesar de possuírem notável saber, não detinham notável saber jurídico – tanto é que não os aprovou –, modificou-se o entendimento e foi inserido no texto constitucional a palavra “jurídico” ao final do artigo.

No entanto, isso ainda não impede o subjetivismo da expressão.

Ferreira Filho, por outro lado, afirma que “hoje, indubitavelmente, não poderá fazer parte do Supremo quem não for graduado em Direito”¹⁴¹ concordando com o atual Vice-Presidente da República, para quem “a Constituição alude a notável saber jurídico. Haverá de ser bacharel em Direito? Indubitavelmente, sim. Só pode notabilizar-se na área jurídica aquele que nela desempenhar atividades durante o processo.”¹⁴²

Há que se destacar, no entanto, que por mais que o entendimento jurisprudencial atual siga este caminho, é importante que se estabeleça um critério mais objetivo para este requisito.

Até porque, tão subjetivo quanto este requisito, é a sabatina realizada pelo Senado Federal que, como já falado, pode se transformar num processo com cunho exclusivamente político baseado na troca de favores entre Legislativo e Executivo, consoante já acontece nos Estados Unidos.

Ao não considerar a necessidade (pelo menos expressa) de formação em curso de Direito, tampouco a Constituição brasileira se reporta a exigência de um mínimo de juízes de carreira. Nesse ponto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho vê como conveniente que fosse estabelecido um mínimo de cinco juízes de carreira ao STF¹⁴³.

Outros são os doutrinadores que também vêem como necessária a mudança para um requisito mais objetivo e livre de dúvidas:

“Entre essas modificações, a exigência do *notável saber jurídico* deveria ser substituída pela presença de requisitos capacitatórios relacionados ou à qualificação profissional de bacharel em Direito, com o exercício de no mínimo 10 anos de atividade profissional como advogado, membro do Ministério Público, magistrado, ou à qualificação de jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito, devidamente reconhecido pelo Poder Público.”¹⁴⁴

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud* MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 545.

¹⁴² TEMER, Michel *apud* MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 545.

¹⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud* MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 545.

¹⁴⁴ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 546

André Ramos Tavares também é um dos doutrinadores a criticar o atual sistema:

No Brasil, o presidente Lula já indicou 7 dos 11 ministros do STF. Saiba o leitor que bastam seis favoráveis para anular, com efeito geral, uma lei aprovada no Congresso.

Permitir essa seleção unipessoal do Presidente da República é admitir que venha a ocorrer a temida politização partidária do tribunal.¹⁴⁵

Dos Ministros indicados pelo ex-Presidente Luíz Inácio Lula da Silva, hoje são apenas seis, com a aposentadoria do ex-Ministros Eros Grau em 2010. Porém, com a sucessora e co-partidária de Lula, a atual Presidente Dilma Rousseff, que já indicou um Ministro e tem o dever ainda de indicar, no mínimo, mais um, na vaga da ex-Ministra Ellen Gracie, já seriam oito Ministros indicados pelo mesmo Partido Político.

Com isso, transformar-se-ia o poder Judiciário em um poder subsidiário do Executivo que além da capacidade jurisdicional, teria um poder Legislativo negativo, sendo capaz de, por simples influência político-partidária, anular leis indesejáveis ao chefe atual do Executivo.

Por isso é tão temerário o sistema atual e são tantas as propostas de mudanças que veremos a seguir.

2.5. Projetos que visam mudar o atual sistema:

Devido às críticas que surgiram durante os mais de cem anos em que este sistema é aplicado no Brasil, doutrinadores, especialistas e legisladores realizaram propostas de mudanças no modelo de composição do STF. Algumas propostas chegaram a virar Propostas de Emenda Constitucional (PEC), enquanto outras foram apenas objetos de estudos publicados em artigos e revistas.

Neste item discorrer-se-á sobre as propostas que mais chamaram a atenção, descrevendo suas principais mudanças e as possíveis críticas acerca delas.

2.5.1. Proposta do ex-Ministro do STF Carlos Mario da Silva Velloso.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, aposentado do cargo em 19 de janeiro de 2006, a pedido da revista jurídica Consulex realizou breve relato sobre quais as suas impressões sobre o atual sistema, bem como propôs pequenas mudanças visando maior segurança jurídica.

Quando da data em que escreveu o artigo, logo após sua aposentaria do Supremo, já tinham sido nomeados 158 Ministros ao cargo, os quais, seriam todos “cidadãos de saber jurídico, uns mais outros menos, nenhum, entretanto, desmerecedor da nomeação. [...] nada podendo ser dito contra a reputação moral dos nomeados”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ TAVARES, André Ramos. O STF na agenda política. Folha de São Paulo, São Paulo. p. A3, 19/07/2008.

¹⁴⁶ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Forma de investidura dos ministros do STF. Revista jurídica consulex Brasília, CONSULEX v.218, fev. 2006, p. 26.

Até por isso é um tanto quanto reticente a uma nova proposta, pois considera que jamais no STF houve a necessidade de tal mudança, visto que em momento algum pode se dizer algo contra os julgamentos realizados pelos Ministros que lá estiveram.

Com isso, o ex-Ministro, apesar de desconsiderar a imperiosidade desta reforma no atual sistema de investidura ao cargo, indica um modelo que seria mais transparente e com maior legitimidade

Resumo a proposta: as universidades, pelas suas faculdades de Direito, indicariam dois nomes entre seus professores; os Tribunais Superiores indicariam, cada um deles, dentre seus juízes, dois nomes; os Tribunais de Justiça dos Estados, agrupados na respectiva região, indicariam dois de seus juízes. São cinco regiões. Assim, os Tribunais de Justiça indicariam dez nomes. Os Tribunais Regionais Federais indicariam, cada um deles, um nome. São cinco os Regionais Federais. Teríamos, então, cinco nomes. O Ministério Público da União indicaria dois nomes; o mesmo ocorreria com os Ministérios Públicos estaduais que, agrupados, respectivamente, nas cinco regiões do País, indicariam dois nomes. O Conselho Federal da OAB indicaria dois nomes de advogados. Os indicados deveriam satisfazer os requisitos do art. 101 da Constituição e contar mais de vinte anos de exercício no magistério superior, na magistratura, no Ministério Público e na advocacia, respectivamente.

Os nomes seriam enviados ao Supremo Tribunal Federal que, em sessão pública, elegeria, dentre eles, seis nomes. A lista sêxtupla seria encaminhada ao Presidente da República, que escolheria um nome e o submeteria à aprovação da maioria absoluta do Senado Federal.

O candidato seria submetido, no Senado, à sabatina da qual participariam representantes dos órgãos indicadores dos candidatos, universidades, tribunais, Conselho Federal da OAB, Ministério Público e, bem assim, associações de magistrados de âmbito nacional.

A nomeação, dessa forma, extremamente democrática, teria transparência e maior legitimidade.¹⁴⁷

As modificações propostas pelo ex-Ministro (sabendo as fez sem considerar a sua necessidade) tem pontos importantes a serem debatidos pela sociedade.

Um deles é a inclusão das faculdades de Direito, Tribunais de Justiça e Federais, Ministério Público e Conselho Federal da OAB na indicações de candidatos ao cargo.

Outro item é a inclusão de um requisito mais objetivo a complementar aquele previsto no art. 101 da CRFB (notável saber jurídico), tendo os novos Ministros que possuir mais de vinte anos de experiência na área trabalhada.

Destaca-se, também, da proposta o envolvimento direto do STF na escolha dos candidatos que comporiam a lista a qual o Presidente da República deveria se ater na escolha. Bem como inova ao incluir os representantes das universidades, da magistratura, do

¹⁴⁷ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. op. cit. p. 27.

Ministério Público e dos advogados no auxílio ao Senado Federal durante a sabatina feita ao candidato escolhido pelo Presidente.

São todas mudanças a serem debatidas pela sociedade e, principalmente, pelo poder Legislativo se acreditarem na necessidade de mudança do atual modelo de composição do STF.

2.5.2. *Proposta do advogado Kiyoshi Harada*

O advogado e conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo Kiyoshi Harada, que também foi convidado pela revista jurídica *Consulex*, segue por ponto diferente daquele do ex-Ministro.

Primeiro porque considera que o atual sistema está fadado à liberdade absoluta ao chefe do poder Executivo. Segundo por pensar que a sabatina realizada pelo Senado Federal é feita por mera formalidade e “não atende às aspirações legítimas da sociedade. Afinal, escolher Ministros da Corte Suprema é diferente de nomear Ministros de Estado que, necessariamente, devem estar afinados com o programa de governo”¹⁴⁸.

E, da mesma forma, teme que o STF, que é um tribunal político, se transforme em um tribunal de políticos em que os integrantes fiquem integrados às ações dos seus governantes:

O Supremo Tribunal Federal tem a grande responsabilidade de conter a atividade legislativa do Estado dentro dos limites constitucionais, qualquer que seja a sua motivação, evitando que instrumentos no ordenamento jurídico, produzindo efeitos concretos de difícil reversão, sob todos os aspectos.¹⁴⁹

Logo, busca que o sistema de escolha dos Ministros seja feito de tal forma que estes estejam sempre isentos e livres de qualquer obrigação moral com o Executivo, com a possibilidade de, no dia seguinte a sua investidura, realizar julgamentos contrários ao governo que vigente, pois, segundo ele, “é o STF o depositário último das garantias fundamentais e do Estado democrático de direito. Por isso, excesso de harmonia é tão ruim, ou pior do que a desarmonia constante entre os Poderes”¹⁵⁰.

Com estas críticas, Kiyoshi Harada propõe um novo modelo:

[...] Os candidatos ao cargo de ministro da Corte Suprema seriam recrutados dentre os profissionais de longa experiência na área do Direito, quer como magistrados, quer como membros do Ministério Público, quer como advogados. Preponderantemente, deveria ser composto o STF por magistrados de carreira, escolhidos entre os integrantes de Tribunais Superiores e de Tribunais Estaduais.

¹⁴⁸ HARADA, Kiyoshi. Critérios de Escolha de Ministros para o STF. Revista jurídica *consulex* Brasília, CONSULEX v.218, fev. 2006, p. 28.

¹⁴⁹ HARADA, Kiyoshi. op. cit. p. 28.

¹⁵⁰ HARADA, Kiyoshi. op. cit. p. 28.

O Conselho Nacional de Justiça, onde estão representados os três segmentos do Direito acima mencionados, além de dois cidadãos de notável saber jurídico, indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, elaborariam uma lista tríplice. O escolhido pelo Presidente da República seria sabatinado pelo Senado Federal, como no sistema atual. Como isso, ficaria reduzida em grau mínimo a dose de subjetivismo da autoridade que nomeia o ministro.¹⁵¹

Percebe-se que Kiyoshi Harada e Carlos Velloso têm uma visão muito parecida quanto ao novo modelo, em que pese divergirem sobre a necessidade de modificação.

Ambos acreditam que a distribuição das vagas deveria ser feita entre magistrados de carreira, membros do Ministério Público e advogados, sendo que Velloso ainda acrescenta os professores das faculdades de Direito.

Na verdade, estas propostas somente criam maior objetividade o atual modelo, visto que este já se restringe, em suas escolhas, aos profissionais do mundo jurídico.

As poucas diferenças entre as duas propostas até aqui estudadas limitam-se a dois pontos: A proposta de Carlos Velloso põe como requisito vinte anos de exercício da profissão e a de Kiyoshi Harada fala em “profissionais de longa experiência”; também divergem quanto aos participantes da sabatina feita pelo Senado Federal.

2.5.3. Proposta de Emenda à Constituição nº 92 de 1995

No ano de 1995, o Deputado Federal Nicias Ribeiro propôs emenda à Constituição visando alterar o seu art. 101.

Da proposta realizada pelo Deputado, deveria passar o citado artigo a vigor com a seguinte redação:

Art. 101 – O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros escolhidos dentro os Membros dos Tribunais Superiores que integrem a carreira da magistratura, menores de sessenta e cinco anos de idade, indicados em lista triplica pelo próprio Tribunal.

Parágrafo único – Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.¹⁵²

Bem menos complexa do que as propostas anteriores, esta visa apenas que o STF seja composta única e tão-somente por magistrados de carreira.

Discordando da proposta, quando ainda estava sob análise, em 2004, o Professor Doutor da Universidade de São Paulo José Levi Mello do Amaral Júnior publicou breve

¹⁵¹ HARADA, Kiyoshi. op. cit. p. 28-29.

¹⁵² BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 92/1995. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14367>> Acesso em 27 de novembro de 2011.

artigo no Repertório de Jurisprudência IOB em que comenta os motivos que o fazem não concordar.

Resume ele a proposta em dois pontos: O primeiro consiste na escolha dos Ministros do STF pelo próprio Supremo, dentre os magistrados de carreira dos Tribunais Superiores (magistrados oriundos do MP e da advocacia estariam excluídos); e, o segundo é que a aprovação do Senado não seria mais por maioria absoluta e, sim, simples¹⁵³.

Sua crítica surge a partir da função que apresenta o Supremo Tribunal Federal, a qual não é meramente jurisdicional, mas também política:

As questões confiadas a estes órgãos de cúpula – do Poder Judiciário ou, até mesmo, do próprio arranjo institucional do Estado – não são meramente jurídicas. São, isso sim, questões marcadamente políticas (não no sentido partidário do vocábulo, mas enquanto questões que ensejam decisões ordenadas à consecução do bem comum). Por isso, devem ser confiadas a profissionais que tenham vivência não só técnico-jurídica, mas, em especial, política. Isso porque a função de juiz constitucional exige sensibilidade política, aliada a um notório e muito elevado saber jurídico.¹⁵⁴

Seguindo sua tese, José Levi Mello do Amaral Júnior observa que a capacidade técnico-jurídica deve estar apoiada à sensibilidade política. Por isso, assevera que deveria haver o recrutamento de um número mínimo de juízes de carreira, aliados a Ministros que possuam vivência na alta política do Estado.

E quanto à segunda mudança proposta pela PEC, o professor da USP salienta que a exigência de maioria absoluta na aprovação do Senado, “é garantia de um mínimo de acordo em torno de um nome para o Supremo Tribunal Federal, bem como é fator que afasta ou – ao menos – em muito minora elementos políticos-partidários na escolha”¹⁵⁵.

Em verdade, esta proposta representa quase um retrocesso ao sistema brasileiro, pois facilita que o partido que possui maioria no Senado aprove os seus preferidos sem objeção da oposição. Como afirma Amaral Júnior, com a aprovação da maioria absoluta, proporcionar-se que o aprovado seja escolha de “quase consenso, gozando da aceitação das diversas forças políticas do Parlamento, o que o legitima à função de árbitro do jogo institucional do país”¹⁵⁶.

Ainda, a exigência de que o Supremo seja integralmente composto por juízes de carreira gera um grande corporativismo – o que também não deve ser aceito pelo poder judiciário e ignora previsão constitucional para os tribunais inferiores (art. 94, CRFB) – formando um tribunal composto por uma única visão.

¹⁵³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª quinzena de junho de 2004, nº 12/2004 – volume I. p. 448.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 448.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 447

¹⁵⁶ Ibidem, p. 447

2.5.4. Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2011

Sob as mesmas premissas que Amaral Júnior se utilizou para criticar a PEC 92/1995, em abril de 2011 o Deputado Rubens Bueno apresentou a Proposta de Emenda à Constituição n.º 17 de 2011, novamente visando alterar o sistema de ingresso no cargo de Ministro do STF e que desde maio se encontra em análise na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

A proposta oferece as seguintes mudanças ao sistema vigente:

Art. 1º. O parágrafo único do art.101 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação e acrescido dos seguintes incisos:

Art.101.....

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I – três Ministros indicados pelo Superior Tribunal de Justiça, dentre os Ministros do próprio Tribunal;

II – dois Ministros indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil, dentre os advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, sendo defesa a indicação de quem ocupe ou tenha ocupado a função de conselheiro no período de três anos antes da abertura da vaga;

III – dois Ministros indicados pelo Procurador-Geral da República, dentre os membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira, sendo defesa a autoindicação ou a indicação de quem tenha ocupado a mesma função no período de três anos antes da abertura da vaga;

IV – um Ministro indicado pela Câmara dos Deputados, sendo defesa a indicação de um Deputado da mesma legislatura;

V – um Ministro indicado pelo Senado Federal, sendo defesa a indicação de um Senador da mesma legislatura;

VI – dois Ministros indicados pelo Presidente da República, sendo defesa a indicação de Ministro de Estado ou do Advogado-Geral da União, ou de quem tenha ocupado tais funções no período de três anos antes da abertura da vaga.”

Art. 2º. Para o preenchimento das vagas, observar-se-á a ordem de indicação enumerada no parágrafo único do art. 101.

§ 1º A primeira indicação ocorrerá nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 101, seguindo-se ordenada e unitariamente até a indicação prevista no inciso VI, sempre após as sucessivas aposentadorias de cada um dos Ministros indicados pelo sistema anteriormente vigente.

§ 2º Após o preenchimento da primeira vaga prevista no inciso VI, reiniciar-se-ão as indicações pelo inciso I, procedendo-se a novas sequências de indicações na ordem prevista no parágrafo único do art. 101, até que se completem os onze Ministros.

§ 3º Sempre que algum Ministro indicado pelo novo sistema previsto nesta Emenda Constitucional se aposentar, só poderá ser substituído por Ministro oriundo da mesma indicação.¹⁵⁷

¹⁵⁷ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n.º 17 de 2011. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499894>> Acesso em 27 de novembro de 2011. p. 1 e 2.

Em sua exposição de motivos, a PEC 17/2011 defende a independência do STF em seu caráter político que foi adquirido nos últimos anos, principalmente com o crescente poder que o Judiciário tem adquirido:

Tais mudanças tornaram imperiosa a rediscussão do papel do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro. A Carta de 1988 atribuiu-lhe a competência para ser o guardião da Constituição. Todavia, não há como negligenciar o papel político exercido pelo Pretório Excelso, o que se evidencia pela série de decisões de evidente caráter político/social que vêm sendo tomadas nos últimos anos.

Não se pretende aqui condenar as motivações políticas adotadas pela instância máxima do Poder Judiciário. Pelo contrário, há que se destacar a importância dessas motivações nas decisões jurídicas, pois o Supremo não pode se ater apenas aos aspectos jurídicos, deixando de lado as consequências que seus julgados produzem na realidade da vida social.

Ocorre que, exatamente pelo fato de que, às vezes, o STF toma decisões com conteúdo político, é que se torna imperioso assegurar sua total independência. Portanto, para que o Pretório Excelso possa, efetivamente, cumprir seu mister constitucional, a escolha dos onze Ministros não pode ficar ao arbítrio exclusivo do Presidente da República.

Com efeito, é preciso que a indicação dos Ministros do Supremo seja compartilhada não só entre os Poderes do Estado, mas também com os órgãos que exercem as funções essenciais à Justiça, ou seja, o Ministério Público e a advocacia. É mais transparente e democrático.¹⁵⁸

E tenta também evitar que os órgãos que indicarão os futuros Ministros se valham de influências para as suas escolhas:

Outro aspecto a merecer destaque nesta Proposta de Emenda à Constituição é a vedação de indicação pelas casas legislativas de seus respectivos membros, bem como a indicação de um Ministro de Estado ou do Advogado-Geral da União pelo Presidente da República. Tal proibição tem o escopo de impedir eventuais indicações pautadas pelo compadrio ou por interesses exclusivamente político/partidários. Esta mesma premissa impede também a nomeação de conselheiros pela OAB – nas duas vagas que cabem à entidade – e a autoindicação do Procurador-Geral da República.¹⁵⁹

Em relação a PEC 92/95, a atual é muito mais complexa e visa exatamente que seja coberto os caracteres político e jurisdicional do STF, bem como procura estabelecer grande grau de independência ao judiciário – no que se refere ao Supremo.

No entanto, mantém o *caput* do art. 101 inalterado, permanecendo assim os requisitos subjetivos de notável saber jurídico e reputação ilibada.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 3 e 4.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 5.

Não há como negar que a PEC 17/2011 modifica bastante o modelo atual de indicação dos futuros Ministros com elementos mais objetivos. Para o deputado Rubens Bueno, autor da proposta, é mais “transparente e democrático”¹⁶⁰.

¹⁶⁰ CONJUR – Consultor Jurídico. Câmara analisa mudança na escolha de ministros. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-07/camara-deputados-analisa-mudanca-escolha-ministros-stf>> Acesso em 27 de novembro de 2011.

3. A INFLUÊNCIA DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO PERANTE O JUDICIÁRIO

3.1. Independência dos Magistrados

Com a análise realizada acerca do princípio da separação dos poderes, da divisão das funções dos poderes do Estado, do sistema de freios e contrapesos, da função do Supremo Tribunal Federal e das propostas de novos modelos para investidura no cargo de Ministro do STF, ressalta-se a importância conferida à Magistratura, principalmente a relativa ao Supremo, bem como a necessidade de que seja independente e livre de qualquer ingerência dos demais poderes.

Montesquieu, como citado, previa uma Magistratura nula e invisível, por se tratar de um poder que necessitava de neutralidade para que sua conduta fosse extremamente racional e independente de emoções e desejos que causem a suspeição do julgador. Da mesma forma é o entendimento de Alfredo Buzaid:

Alfredo Buzaid refere que a função do Poder Judiciário é aplicar as normas legais aos casos concretos e que a adstrição do juiz à lei é importante, já que o julgador sofre influências de fatores econômicos, políticos e sociais. Assim, a exegese que adota pode revelar tendências que o afastam do imperativo da lei.¹⁶¹

O magistrado é um profissional que deve seguir as leis e agir como protetor do sistema jurídico, mantendo isonomia e equidistância às partes, sendo que a sua atividade “subordina-se exclusivamente à lei, a cujo império se submete como senhor de imparcialidade na solução do conflito de interesses”¹⁶²:

A imparcialidade aqui não é só o cogitar das causas objetivas e concretas de impedimento e suspeição do juiz previstas nos incisos dos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil. A importância da imparcialidade vai além do texto legal e suas previsões casuísticas. As causas dos artigos 134 e 135 não são exaustivas: “de impedimento será toda e qualquer situação em que haja incompatibilidade lógica entre a função de julgar e o papel que o juiz desempenhará no processo” (Passos, 1974, p.289). Estas causas podem ser diretas ou indiretas, assim, “inúmeras outras causas (além da improbidade) podem motivar e mover o juiz honrado a uma solução parcial” (Tornaghi, 1974, p.146)¹⁶³

É o juiz um profissional que deve visar única e exclusivamente a justiça, deve ser justo e correto com as partes, não deve procurar reconhecimento político e fama, é ele, pois, um servente da justiça:

¹⁶¹ PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 37.

¹⁶² Ibidem, p. 40.

¹⁶³ Ibidem, p. 40.

Se os méritos pessoais do juiz avultam além da marca, ainda assim, apenas os celebram cenáculos reduzidos, posto de escol. Não desperta o magistrado na imaginação do povo a ardente admiração votada aos grandes artistas, oradores e jornalistas, aos grandes políticos e condutores de povos, aos grandes cabos de guerra, aos homens de luta, em suma. Nestes, o perigo e a pompa lhes dão à vida o elemento exterior que encadeia e fascina as imaginações. E para eles Bérghson escreveu que, na evolução do conjunto da vida, assim na existência das sociedades como nos destinos individuais, os êxitos mais rútilos são para os que fazem rosto aos maiores riscos. O heroísmo do juiz desenvolve-se obscuramente, na fieldade invariável à justiça, e só à justiça, pois aqui também domina o *nemo potest duobus dominis servir*^{164 165} (Grifo do autor)

E assim seguiram-se, sempre, os entendimentos de que, mais do que qualquer outro poder, o Judiciário deve reger-se pela sua independência política e funcional, longe das momentaneidades de um governo provisório (pois vigora por, no máximo, quatro anos). É o judiciário um órgão que deve oferecer segurança aos cidadãos e, por este motivo, não deve ser influenciado por breves sistemas que visam mudanças bruscas:

Garcia Enterría e Tomás-Ramón Fernandes, citando o *case of the prohibitions* Del Roy, de 1612, relatado por Coke, ensinam que: ‘a idéia essencial da independência da Magistratura não é mais do que uma implicação natural da independência do Direito em relação ao príncipe, pois expressa que o juiz deve ser visto como um órgão próprio, não do Estado, nem da Coroa, mas sim da *lex terrae*, como viva *vox legis*, tendo em conta que, para essa conclusão, *lex* não expressa a vontade de um governante, mas sim o direito estabelecido na comunidade e por ela mesmo aceito e vivido. Se o Juiz não pode receber ordens do Rei é porque o Rei não tem a disponibilidade sobre o direito, porque o Juiz não atua segundo a vontade do Rei’¹⁶⁶.

O magistrado, por fazer parte de um órgão de controle do Estado, é o ente que jamais poderá sofrer controles e abusos. Isso porque, conforme já falado anteriormente, o judiciário é um órgão que se volta para o passado, visa ele que aquilo que foi feito seja analisado e receba o carimbo de legitimidade. Este carimbo, não pode aceitar indicações daqueles que não possuem tal competência.

Aliás, como declara Zaffaroni, “a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência”¹⁶⁷ e a afirmação dos Estados Republicanos e da própria democracia são completamente dependentes de um judiciário livre e independente:

Essa afirmação republicana do Poder Judiciário e sua efetiva contribuição para o desenvolvimento, no Brasil, de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, só foi possível graças à autonomia e independência dos magistrados. Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente, para que

¹⁶⁴ Tradução: Ninguém pode servir a dois senhores.

¹⁶⁵ MÓSCA, Hugo. O Supremo Tribunal, ontem e hoje. Brasileira: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986.245.

¹⁶⁶ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 518.

¹⁶⁷ ZAFFARONI *apud* MORAES, Alexandre de. op. cit. 501.

exerça sua função de guardião das leis e garantidor da ordem na estrutura governamental republicana.¹⁶⁸

Relativamente ao STF, no entanto, o entendimento majoritário é de que suas decisões, por ser um Tribunal político, sofrem claras influências políticas:

Em outra faceta das múltiplas formas de relações entre o Direito e a Política, pode-se afirmar que as discussões acerca do caráter político dos tribunais constitucionais remontam a Hans Kelsen e Carl Schmitt. Todavia, ainda que Schmitt defendesse a tese de que deveria ser o monarca o “guardião da Constituição”, vez que detentor de um “poder neutro”, se contrapondo a Kelsen que defendia a “guarda da Constituição” a tribunais específicos, havia um entendimento convergente entre os dois teóricos. Kelsen admitia que, “do ponto de vista de um exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um *caráter político* de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecaram ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste”¹⁶⁹

E, por esta necessidade de afirmação do poder Judiciário é que atualmente são muito discutidas as suas reformas, que visam, quase sempre, majorar a sua independência e expurgar a corrupção e as influências que sofre.

Uma delas foi a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – o qual é dotado de atribuição para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.¹⁷⁰

No entanto, pode ser perigosa a atuação do CNJ se sofrer influências do executivo e não for formado, exclusivamente, por membros do judiciário:

Assim, se não é possível constitucionalmente a criação de um órgão externo controlador do Poder Judiciário, defendíamos, há muito tempo, que a própria Constituição Federal já previa a possibilidade de criação de um Conselho de Justiça, que funcionaria junto ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau. Ressalta-se que as funções desse Conselho de Justiça deveriam assemelhar-se às funções dos Conselhos Superiores da Magistratura portuguesa, que, como salientado por Canotilho, não podem perturbar a independência interna dos magistrados, isto é, o livre exercício da sua atividade, garantindo-se constitucionalmente a inexistência de quaisquer vínculos perante os órgãos dirigentes do próprio Judiciário e dos tribunais superiores. Não foi outra a adoção da EC nº 45/04.¹⁷¹

A reestruturação, pelo que consta dos estudos realizados, é necessária, porém deve trazer evolução ao atual modelo, não deve retroceder concedendo maiores poderes ao Executivo e ao Legislativo. A reforma tem que buscar maior autonomia financeira,

¹⁶⁸ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 518.

¹⁶⁹ SANTOS, Marcelo Paiva dos. A história não contada do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 59.

¹⁷⁰ PEÑA DE MORAES, Guilherme. op. cit., p. 444.

¹⁷¹ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 514.

administrativa e funcional ao Judiciário, bem como nas garantias à independência e imparcialidade de seus membros, “pois auxílio entre os três Poderes é necessário e Republicano, intromissão é perigosa e antidemocrática”¹⁷².

Um dos valores já previstos na Constituição para a maior independência dos Magistrados é o art. 96, da Constituição Federal, que concede poderes aos tribunais para que se organizem e administrem, inclusive seu inciso I determina que compete aos tribunais elegerem seus membros:

A eleição dos dirigentes dos Tribunais é função governativa, na medida em que tais dirigentes comandam um dos segmentos do Poder Público. Dessa forma, deve ser realizada pelos membros do Tribunal, sem ingerência do Poder Executivo ou Legislativo.¹⁷³

A reestruturação é, no entanto, necessária também aos demais poderes do governo. A reforma de todos os outros poderes é necessária para que se evolua também na harmonia entre eles, transformando as ingerências existentes em processos harmônicos entre os três poderes:

A modernização, porém, não depende somente do próprio Poder Judiciário. A modernização, também, é legislativa. Não é possível a continuidade de tecnicismos exagerados, processo protelatórios e procedimentos morosos. A modernização, também, é executiva. É necessário dotar o Poder Judiciário da infraestrutura adequada para o exercício de suas funções, no sentido de efetivação da Justiça e Cidadania, garantindo a necessária independência e autonomia de seus membros, auxiliando em sua modernização e informatização, o que possibilitará maior celeridade processual.¹⁷⁴

Apesar da independência e liberdade que deve ser concedida a magistratura, é dever do Legislativo e do Executivo atuar harmonicamente com o Judiciário para criar estruturas que facilitem a execução da magistratura neutra e invisível.

O texto constitucional é nítido ao estabelecer a harmonia como um dos requisitos de convivência entre os três poderes. E é importante tal disposição, pois sem harmonia, é inconcebível que três poderes independentes e soberanos entre si realizem trabalhos coordenados sem influenciar na área de atuação dos demais.

3.2. Conselho Nacional de Justiça: A fiscalização do judiciário

Em meio às críticas sofridas pelo poder Judiciário ao que concerne em manter sua independência perante os outros órgãos do Estado e impor a Justiça aos casos que julga, devido a diversas pressões externas, criou-se em 2004, como citado alhures, o Conselho Nacional de Justiça.

¹⁷² Ibidem, p. 519.

¹⁷³ Ibidem, p. 507.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 519.

O CNJ é um órgão administrativo do poder Judiciário ao qual compete, entre outros, zelar pela autonomia do poder Judiciário, pela observância dos princípios da administração pública (art. 37, da CRFB/88), receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do poder Judiciário, representar ao Ministério Público nos casos de crime contra a Administração Pública, rever os processos disciplinares de juízes e elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas e relatórios anuais propondo providências que julgar necessárias ao Judiciário¹⁷⁵.

É composto, em sua maioria, por magistrados (nove dos quinze membros), e os demais cargos divididos entre Ministério Público, advogados e membros da sociedade escolhidos pelo Legislativo. Segundo José Afonso da Silva, é um órgão que contribui para dar “legitimidade democrática aos integrantes do Poder Judiciário, cuja investidura não nasce da fonte primária da democracia, que é o povo”¹⁷⁶.

E, apesar de divergências acerca da constitucionalidade deste órgão que fiscaliza o judiciário, o STF já se manifestou favorável a sua existência:

“Ação direta. EC 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício Imparcial e independente. Precedente e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. (...) São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. Poder Judiciário. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado-membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. Poder Judiciário. CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, caput, I, letra r, e 103-B, § 4º, da CF. O CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus Ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.”¹⁷⁷

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. Brasil: Editora Malheiros, 2009, 33ª edição. p. 570.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 568.

¹⁷⁷ ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13-4-2005, Plenário, DJ de 22-9-2006.)

Na opinião do Ministro César Peluso, atual presidente do STF, “a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional”¹⁷⁸.

É um órgão criado a partir do direito comparado, com base em países Europeus, tais como Itália, França, Portugal, Espanha e Turquia, os quais fazem uso deste para ampliar a autonomia dos magistrados. Ressalta-se que sua funcionalidade foi muito maior em países parlamentaristas ou semi-presidencialistas¹⁷⁹.

Porém, além da autonomia concedida aos magistrados, observa-se uma função fiscalizadora do órgão, principalmente a exercida pelo Ministro-corregedor, que será o Ministro do STJ empossado no CNJ, ao qual compete receber as reclamações e denúncias relativas aos magistrados e aos serviços judiciários, exercer funções executivas do Conselho, requisitar e designar magistrados e servidores de juízos ou tribunais.

A atual Corregedora do CNJ é a Ministra do STJ Eliana Calmom, a qual tem causado bastante polêmica com declarações pesadas contra uma parte dos magistrados que, segundo ela, pelo corporativismo excessivo, tornam-se “bandidos de toga”¹⁸⁰.

No entanto, seu trabalho tem sido muito elogiado pela sociedade em geral, que parece sedenta pela guerra contra os “crimes de colarinho branco”.

3.3. Entrevistas com a ministra Eliana Calmon

A ingerência dos poderes Legislativo e Executivo no Judiciário, principalmente na magistratura, é um tema que vem sendo muito debatido. Cada vez mais se tem discutido sobre a dependência que alguns juízes tem criado em relação aos políticos.

Muito se há criticado quando a existência dos “padrinhos políticos” e da suas características de serem grandes requisitos para a evolução da carreira de um magistrado.

E um dos fatores que serviu para aumentar este tema foi a entrevista concedida pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça e Corregedora do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Eliana Calmom à revista *Veja* (edição 2184, de 29 de setembro de 2010), e, posteriormente, esclarecendo algumas dúvidas ainda restantes, ao programa *Roda Viva*, da TV Cultura, do dia 14 de novembro de 2011.

¹⁷⁸ PELUSO, Antonio César *apud* MORAES, Alexandre de. op. cit. p. 522.

¹⁷⁹ MORAES, Alexandre de. op. cit. p. 520.

¹⁸⁰ ESTADAO.COM.BR. Eliana Calmon: corporativismo favorece bandidos de toga. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,eliana-calmon-corporativismo-favorece-bandidos-de-toga,803308,0.htm>> Acesso em: 04/12/2011.

Sua entrevista foi de curial importância tendo em vista sua função como Corregedora do CNJ, bem como seus mais de dez anos como Ministra do STJ e toda sua carreira como magistrada. Assim, tem pleno conhecimento acerca da estrutura dos tribunais pátrios e onde se encontram seus defeitos.

À revista *Veja*, começa respondendo quais motivos fizeram surgir tantas denúncias contra magistrados nos últimos anos:

Durante anos, ninguém tomou conta dos juízes, pouco se fiscalizou, corrupção começa embaixo. Não é incomum um desembargador corrupto usar o juiz de primeira instância como escudo para suas ações. Ele telefona para o juiz e lhe pede uma liminar, um habeas corpus ou uma sentença. Os juízes que se sujeitam a isso são candidatos naturais a futuras promoções. Os que se negam a fazer esse tipo de coisa, os corretos, ficam onde estão¹⁸¹.

E, questionada se a ascensão da carreira dos magistrados depende da “troca de favores”, responde afirmativamente:

O ideal é que as promoções acontecessem por mérito. Hoje é a política que define o preenchimento de vagas nos tribunais superiores, por exemplo. Os piores magistrados terminam sendo os mais louvados. O ignorante, o despreparado, não cria problema com ninguém porque sabe que num embate ele levará a pior. Esse chegará ao topo do Judiciário.¹⁸²

Quanto à alta cúpula do poder Judiciário, fala que é a forma como a política se infiltra na justiça, através dos corruptos:

Estamos falando de outra questão muito séria. É como o braço político se infiltra no Poder Judiciário. Recentemente, para atender a um pedido político, o STJ chegou à conclusão de que denúncia anônima não pode ser considerada pelo tribunal.

[...] Para ascender na carreira, o juiz precisa dos políticos. Nos tribunais superiores, o critério é única e exclusivamente político.

[...] Certa vez me perguntaram se eu tinha padrinhos políticos. Eu disse: ‘Claro, se não tivesse, não estaria aqui’. Eu sou fruto de um sistema. Para entrar num tribunal como o STJ, seu nome tem de primeiro passar pelo crivo dos ministros, depois do presidente da República e ainda do Senado. O ministro escolhido sai devendo a todo mundo.¹⁸³

Até mesmo para a montagem dos gabinetes (diversos cargos de assessoria), a Ministra aduz que há interferência política, sendo que alguns dos magistrados, quando ascendem na carreira, muitas das vezes já recebem o gabinete com todos os cargos de confiança distribuídos entre afilhados daqueles que o ajudaram.

E, após também criticar os parentes de Ministros do STJ e do STF que se utilizam do nome para influência dentro dos tribunais, a Corregedora do CNJ finaliza a entrevista:

¹⁸¹ ESPAÇO VITAL. É preciso acabar com a juizite - Entrevista com a ministra do STJ Eliana Calmon. Disponível em <<http://www.espacovital.com.br/noticia-20866-iquote-preciso-acabar-juizitequoti-entrevista-ministra-do-stj-eliana-calmon>> Acesso em 02/12/2011

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Ibidem.

Nós, magistrados, temos tendência a ficar prepotentes e vaidosos. Isso faz com que o juiz se ache um super-homem decidindo a vida alheia. Nossa roupa tem renda, botão, cinturão, fivela, uma mangona, uma camisa por dentro com gola de ponta virada. Não pode. Essas togas, essas vestes talares, essa prática de entrar em fila indiana, tudo isso faz com que a gente fique cada vez mais inflado. Precisamos ter cuidado para ter práticas de humildade dentro do Judiciário. É preciso acabar com essa doença que é a juizite.¹⁸⁴

Com isso, encerrou sua entrevista à revista *Veja*, deixando muitos pontos polêmicos a serem debatidos pela sociedade e demonstrou que, através do trabalho realizado por ela, acredita que há corrupção no poder Judiciário.

Durante o programa *Roda Viva*, da TV Cultura, realizado no dia 14 de novembro de 2011, destacou que a corrupção é minoritária, não se deve generalizar a frase dita na entrevista anterior. Porém, em que pese serem poucos os magistrados corruptos, asseverou que não há punição a eles, sendo que não se vê no Brasil nenhum criminoso de “colarinho branco” preso.

Alguns temas de ambas as entrevistas merecem aqui maior destaque.

Primeiro, é importante o friso da existência de corrupção na justiça brasileira e, principalmente, na cúpula do judiciário (STJ e STF). Isso porque, fica demonstrado que o sistema atual permite que políticos (leia-se membros do legislativo e executivo) apadrinhem magistrados e, através da sua força, os elevem aos cargos mais altos, fazendo os juízes ficarem dependentes e devedores de favores.

Como dito antes, esta subjetividade e facilidade na escolha dos membros da mais alta corte do Brasil seria mais rigorosa se fossem mais objetivos os requisitos presentes na Constituição.

O segundo ponto é a corrente gerada de cima para baixo na estrutura do judiciário. Isso com base no que declara a Corregedora de que não raras às vezes um Desembargador solicita a um Juiz que conceda um *Habeas Corpus* favorável, ou qualquer outra ação. Fica demonstrado que se facilita a ascensão daqueles magistrados que cooperam com os pedidos “vindos de cima”, pois os juízes que se sujeitam a isso “são candidatos a uma futura promoção”.

E nesse ponto, a Ministra adere à necessidade de critérios mais objetivos nas promoções dos juízes, alegando que o ideal seria que acontecessem por mérito.

Por terceiro, há a informação de que os julgadores que “não criam problemas com ninguém” obtêm maiores êxitos nas suas promoções.

Ora, como visto nos capítulos anteriores, o sistema ideal do judiciário é aquele em que o juiz é neutro, invisível, transparente. E, através destes predicados, não se fala em magistrado amigável, mas que, se preciso for, será inimigo de todos, não temerá dar sentenças desfavoráveis a quem quer que seja.

Entretanto, essa necessidade de buscar sempre a ascensão faz com que os togados se valham de amizades, favores e outros fatores que não contribuem para o regular julgamento dos processos.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

E, por fim, o quarto ponto é, talvez, o que mais se assemelha com este estudo. Segundo a frase da Ministra, aqueles que são escolhidos para os tribunais como STJ e STF, até mesmo em decorrência do sistema de escolha que envolve os poderes Executivo e Legislativo, “saem devendo para todo mundo”. Os magistrados, como dito alhures, devem ser independentes e livres para que os seus julgados possuam a mesma característica.

Neste ponto ainda se insere a questão dos assessores de gabinete dos Ministros, pois são eles os braços fortes de cada um dos Magistrados. São eles que o auxiliam nos seus estudos e na escolha dos melhores rumos a serem tomados em cada processo. Se os auxiliares de cada Ministro já possuem “padrinhos”, começam, em si, a contaminar toda a decisão que será tomada dentro daquele gabinete.

Assim, por mais que seja dito que os Ministros do STF escolhidos pelo atual sistema são todos de notável saber jurídico e reputação ilibada, permanece o questionamento: Serão eles independentes, livres e soberanos nas causas que julgam?

Esse é o debate aqui realizado, pois, por mais que sejam isentos e livres, ainda recai a questão de que apesar destes serem honestos, o sistema atual não impede que os próximos sejam desonestos e corruptos.

3.4. Julgados de grande repercussão

Em consonância com os depoimentos da Ministra Eliana Calmom, é necessário também estudar os julgados de maior repercussão na sociedade brasileira, os quais sempre acabam por instigar os cidadãos a questionar a imparcialidade dos magistrados do Supremo.

Marcelo Paiva dos Santos, através da análise de julgados históricos do STF, faz uma análise relativa à influência sofrida pelos Ministros no momento dos seus votos pelos Governos vigentes à época, segundo ele:

Percebe-se que a influência de um regime político no Judiciário pode se traduzir na própria influência sofrida pelo Direito e pelo próprio pensamento jurídico de um país em dado momento histórico. Isto porque o regime militar, pós Golpe de 1964, institucionalizou-se no Brasil, “o que significa dizer que foi construído todo um arcabouço jurídico de modo a possibilitar sua estabilização e permanência”, fato este referendado pela atuação conivente de parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no período.¹⁸⁵

E ainda aduz que na história jurídica brasileira, jamais se noticiou sobre enfrentamentos do judiciário contra os movimentos autoritários que riscaram, sem dificuldades, as constituições vigentes, como no caso do Golpe Militar de 1964¹⁸⁶. Deveriam, portanto, serem mais resistentes, os Ministros, pois “a resistência, ainda que meramente

¹⁸⁵ SANTOS, Marcelo Paiva dos. op. cit. p. 22-24.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 25

discursiva, colocaria os juízes num patamar de apreço democrático por parte da sociedade; apreço referencial de que eles, historicamente, não dispõem até os dias de hoje”¹⁸⁷.

José Elaeres Marques Teixeira parte de uma análise histórica dos julgados do STF e da “doutrina das Questões Políticas” aplicada no Brasil, fazendo um estudo caso-a-caso dos mais importantes da história do STF.

O primeiro julgado a chamar a atenção do autor é o *Habeas Corpus* (HC) n.º 300.

Trata-se de um HC impetrado por Rui Barbosa contra decisão do então Presidente da República Floriano Peixoto que ordenou a prisão de quarenta e seis cidadãos, entre os quais estavam senadores, deputados federais, marechais, coronéis, o poeta Olavo Bilac e outros militares e civis, além de ter declarado estado de sítio no Distrito Federal, suspendendo as garantias constitucionais por setenta e duas horas¹⁸⁸.

O STF decidiu o caso favoravelmente à decisão de Floriano Peixoto, alegando não possuir competência para manifestar-se sobre as prisões efetuadas e os desterramentos realizados durante o estado de sítio.

O autor compara a atuação dos Ministros do Supremo com àquela dos magistrados da Suprema Corte americana, no caso *Marbury versus Madison*, pois teria o STF fechado os olhos aos direitos individuais para evitar o confronto com o poder político:

O Supremo Tribunal Federal não admitiu que não tinha forças nem condições de enfrentar o poder arbitrário do Executivo de então, optando pelo recurso ao subterfúgio de que não era possível separar os direitos individuais da questão política. Mas nem por isso a fraqueza dos seus membros deixou de ser apontada como a causa principal para a decisão de 1892.¹⁸⁹

O segundo caso de grande importância é o HC n.º 3257, ajuizado por José Eduardo de Macedo, o qual concedeu ao Tribunal sua primeira oportunidade de decidir sobre a possibilidade, ou não, do Judiciário se manifestar acerca da inconstitucionalidade do estado de sítio decretado por Presidentes da República.

O Supremo decidiu, resumidamente, que “lhe competia examinar os atos ilegais e inconstitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, quando lesivos a direitos individuais. Porém não estava autorizado a julgar o *mérito* de atos que expressassem o exercício da própria independência desses poderes”¹⁹⁰. São exemplo desta decisão do STF também os

¹⁸⁷ Ibidem, p. 25 e 26.

¹⁸⁸ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005. P. 63-75.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 75-76.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 106.

HC's n.º 3538 e 3539, que asseveram a impossibilidade do Tribunal manifestar-se em atribuições de outro poder.

Em 1952, novo julgamento foi importante para elucidar a atuação do Judiciário perante casos que envolviam diretamente atos dos demais poderes. Trata-se de ato da Câmara dos Deputados contra o Banco do Brasil, a qual removeu um item do seu regimento interno com o intuito único e exclusivo de publicar uma fotocópia de sindicância realizada em desfavor do Banco que revelava diversos segredos bancários do País.

Impetrado Mandado de Segurança (MS), foi argüido, preliminarmente, pela Câmara dos Deputados a incompetência do poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal para julgar da causa.

Decidindo o julgado, o Ministro Luiz Gallotti manifestou-se que “numa democracia não deve caber aos membros de nenhum poder, nem mesmo aos juízes, o privilégio de poderem praticar atos ilegais sem remédio”¹⁹¹, rejeitando assim as preliminares suscitadas. No entanto, em análise de mérito, o MS acabou não sendo acolhido, com o fundamento de que não havia direito líquido e certo para amparar.

Caso mais recente que também merece análise quando da atuação do STF perante casos políticos, ocorreu em 1984, após campanha popular pelas “Diretas Já”, em que o Congresso Nacional, ao votar a “Emenda Dante de Oliveira” (PEC n.º 5/1983), colheu primeiramente os votos dos membros da Câmara dos Deputados e o Senador Moacyr Dalla que presidia a sessão considerou a proposta negada, sem o colhimento dos votos dos Senadores, visto não atingir dois terços do total de Deputados.

Membros da Oposição, encabeçados pelo então Vice-Governador de São Paulo, Orestes Quércia, ingressaram no Supremo Tribunal Federal com o MS n.º 20.452/DF, sustentando que a Mesa do Senado Federal havia dado interpretação equivocada ao art. 48 da Constituição, pois o *quorum* exigido para a aprovação de emenda constitucional seria de dois terços dos membros de cada uma das Casas Legislativas *presentes* à sessão, e não da totalidade de Deputados e Senadores. Essa tese, porém, não foi aceita e o mandado de segurança julgado improcedente, na sessão de 7 de novembro de 1984.¹⁹²

Já no caso do *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor, mais uma vez o Tribunal se absteve de adentrar a fundo a questão analisada, porém, considerou que as questões assessoriais do julgamento são sim cabíveis de análise pelo STF, como no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no MS 21.564:

Para Sepúlveda Pertence, as duas Casas do Congresso Nacional exercem verdadeira e exclusiva jurisdição no processo de *impeachment*, contra a qual, tal como entende Paulo Brossard – diversamente de Carlos Velloso e Néri da

¹⁹¹ GALLOTTI, Luiz *apud* TEIXEIRA, José Elaedres Marques. op. cit. p. 148.

¹⁹² TEIXEIRA, José Elaedres Marques. op. cit. p. 166.

Silveira –, não se pode opor o princípio do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. Mas isso não impede que “algumas questões relevantes”, surgidas no desenvolvimento do processo, como a demarcação dos limites dessa jurisdição excepcional e a “salvaguarda das garantias constitucionais do *due processo of Law*” sejam suscetíveis ao controle judicial, o que decorre do fato de a Constituição, “no judiciarismo do nosso sistema”, ter feito do Supremo Tribunal Federal o “órgão de controle da legitimidade da ação das Casas quando violadoras de direitos subjetivos”, conferindo-lhe, sem restrições, a competência para o julgamento de mandado de segurança, e mesmo sem *habeas corpus*, “quando a elas se atribua a coação”.¹⁹³

Fora os casos citados, nos quais se discutiram a competência do STF para julgar questões políticas, cumpre destacar também, dois importantes julgados dos últimos dois anos, como votaram os Ministros do STF e a orientação que seguiram de acordo com os Presidentes que os indicaram.

O primeiro caso de grande repercussão é a “Lei da Ficha Limpa”, na qual o STF foi instigado, através do Recurso Extraordinário (RE) 633.703, a responder acerca da constitucionalidade em dois fatos: primeiro, que a Lei só poderia ser aplicada no ano seguinte à sua aprovação, de acordo com o princípio da anterioridade eleitoral; e, segundo, a afronta ao princípio da não culpabilidade em razão da ausência de trânsito em julgado.

O que cabe aqui análise, é o primeiro item, pois já foi objeto de julgamento pelo STF. Por maioria, ficou decidido que a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010) não seria aplicada às eleições para presidente, senadores, deputados federais e estaduais e governadores, do ano de 2010.

Foram contra a decisão os Ministros Carmem Lúcia (indicada pelo ex-Presidente Luíz Inácio Lula da Silva), Ricardo Lewandowski (indicado pelo ex-Presidente Luíz Inácio Lula da Silva), Joaquim Barbosa (indicado pelo ex-Presidente Luíz Inácio Lula da Silva), Ayres Britto (indicado pelo ex-Presidente Luíz Inácio Lula da Silva) e Ellen Gracie (indicada pelo ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso).

Enquanto, venceram, por maioria, os Ministros Gilmar Mendes (indicado pelo ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso), Luiz Fux (indicado pela Presidente Dilma Roussef), Dias Toffoli (indicado pelo ex-Presidente Luíz Inácio Lula da Silva), Marco Aurélio (indicado pelo ex-Presidente Fernando Collor), Celso de Mello (indicado pelo ex-Presidente José Sarney) e Cezar Peluso (indicado pelo ex-Presidente Luíz Inácio Lula da Silva).

Através dessa breve análise, constata-se a não observância, ao menos direta, de influências políticas diretas nos votos de cada Ministro. Isso porque, Ministros indicados por

¹⁹³ Ibidem, p. 193.

Presidente da atual situação PT/PMDB tiveram entendimentos diversos, bem como aqueles indicados pela atual oposição PSDB/DEM proferiram votos em posições contrárias.

O segundo caso a ser analisado, é aquele referente à extradição do italiano Cesare Battisti, o qual é um ex-ativista político italiano e condenado criminalmente naquele país. A Itália requisitou a sua extradição tendo em vista os crimes cometidos.

No Brasil, foi levado a julgamento perante o STF, no processo de Extradição n.º 1085.

O entendimento da maioria dos Ministros foi de que “a decisão do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva de negar a extradição de Battisti para a Itália é um “ato de soberania nacional” que não pode ser revisto pelo Supremo”¹⁹⁴. Assim entenderam os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Marco Aurélio, todos indicados ou pelo ex-Presidente Lula, ou pelo ex-Presidente Fernando Collor, atuais aliados políticos.

No sentido de cassar o ato do Presidente da República, votaram os Ministros Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, sendo que os primeiros foram indicados por Fernando Henrique Cardoso e o último por Luiz Inácio Lula.

Apesar de, neste caso, serem mais coincidentes os votos dos Ministros de acordo com a indicação política recebida, difícil ainda é que se dê certeza quanto ao voto ter sido realizado por cunho exclusivamente de influência dos que indicaram.

O que se pode ressaltar a partir de todos os casos aqui analisados é que, em que pese todos os Ministros indicados possuírem notável saber jurídico e reputação ilibada, a simples possível vinculação política informal a um membro do executivo (ou legislativo) em sua indicação, já é motivo causador de desconfianças da sociedade, a qual, por vezes, sente-se insegura na resolução dos conflitos judiciais, sejam eles políticos ou não, ao STF.

3.5. Nomeação pelo Presidente e aprovação pelo Senado Federal à luz da independência dos poderes.

Para finalizar, cumpre analisar o requisito que ensejou o início destes estudos. Esclarece o parágrafo único do art. 101, da CRFB que “os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Requisito necessário para a investidura de qualquer concorrente ao cargo de Ministro do STF e presente em todas as Constituições republicanas do Brasil, desde 1889, é muito debatido e controvertido, principalmente, entre os doutrinadores mais atuais após as 7

¹⁹⁴ NOTÍCIAS STF. STF concede liberdade a Cesare Battisti. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181559>> Acesso em 05/12/2011.

indicações feitas pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que por si só já bastam como maioria no pleno do STF.

E, com a velocidade que se tem nomeado Ministros no Governo da Presidente Dilma (foram dois no primeiro ano de mandato), imagina-se que continuarão os próximos presidentes a possuir, ao fim de seus mandatos, maioria de indicados no Supremo Tribunal Federal.

Em que pese estas considerações, as análises feitas no subtítulo anterior levam a acreditar que, nas composições do Supremo já existentes, foram poucas às vezes em que o Judiciário se viu submisso ao Executivo ou ao Legislativo. Momentos existiram em que o STF esteve fragilizado, principalmente ante as ditaduras de Vargas e Militar, porém, em governos democráticos, até então, foram sempre os Ministros, aparentemente, autônomos em suas votações.

No início da sua história, o Supremo, talvez até por imaturidade do próprio órgão, deixava de analisar questões políticas e esquivava-se de julgados que eram de sua competência a análise sob o argumento de que a Constituição não lhe conferia este direito, porém, com a evolução do constitucionalismo brasileiro, passou-se a verificar um STF mais atuante e independente.

Contudo, mesmo que não se possa exercer qualquer crítica direta aos Ministros do STF, que nas palavras já citadas do ex-Ministro Carlos Velloso, foram todos de notável saber jurídico e reputação ilibada, importa destacar que o atual sistema permite grandes desconfianças da população e debates que poderiam ser evitados por um sistema que conferisse maior respeito à doutrina da tripartição dos poderes.

Ora, ao passo que os líderes do Executivo (Presidente e Governadores) e do Legislativo (Senadores e Deputados) são eleitos e dotados da soberania conferida pela vontade popular, inferior hierarquicamente se torna o poder Judiciário, que tem os líderes do seu órgão superior definidos através da vontade dos outros poderes, que a ele deveriam ser hierarquicamente iguais.

Afinal, conforme o parágrafo único do art. 1º da CRFB, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Assim, sendo o povo a única fonte de poder, não pode ser considerado um poder aquele que não foi conhecido através da sua vontade, da decisão popular.

Considerando-se a inviabilidade de se eleger os representantes do Judiciário através da vontade popular direta, devido a tecnicidade necessária atribuída ao cargo, curial que se estabeleça um debate no país e seja estudado um sistema que confira isonomia aos Ministros

do STF, sem interferir no sistema de independência e harmonia dos poderes, se for entendido que o atual sistema é incapaz de suportar os anseios da população.

É importante que se estabeleçam debates acerca do citado requisito para que seja a vontade popular acolhida sempre e o Judiciário seja dotado do poder emanado pelo povo.

Uma grande oportunidade para tal discussão está sendo conferida atualmente pela PEC 17/2011. Mister se faz que os membros do legislativo ponham a prova o sistema atual, debatendo-se a sua legitimidade e legalidade perante a Constituição Federal e discutam qual proposta causará menores desconfianças e maior segurança na independência e soberania do Judiciário, para que exista, verdadeiramente, uma harmonia entre os três poderes que emanam do povo.

CONCLUSÃO

O quadro de Ministros do Supremo Tribunal Federal, atualmente composto por sete Ministros indicados por Presidentes filiados ao Partido dos Trabalhadores é uma questão que tem suscitado diversas indagações na sociedade quanto à independência política destes magistrados e, principalmente, a neutralidade e imparcialidade do poder Judiciário nos casos em que julga.

A autonomia dos poderes decorre das teorias criadas por Aristóteles, Montesquieu e Locke, que preconizavam que as funções do Estado deveriam ser divididas, sendo que o filósofo francês as dividiu em competências legislativas, executivas e judiciárias.

Com a Declaração francesa e suas cartas constitucionais que a seguiram, com as leis inglesas e demais constituições que surgiram após o século XVIII, consolidou-se esta doutrina e passaram os Estados modernos a adotarem-na em suas legislações.

Alguns o fizeram na forma tripartida prevista por Montesquieu, enquanto outros optaram por uma separação apenas entre Legislativo e Executivo, ou até mesmo acrescentaram mais divisões de poderes, como foi o caso do Império brasileiro, que adicionou o poder Moderador, o qual deveria ser exercido pelo próprio Imperador.

Da divisão principal prevista por Montesquieu, começou-se a delinear as áreas de atuação de cada poder. Assim sendo, ao poder Legislativo competem as funções primárias de criação das leis e fiscalização, enquanto as secundárias resumem-se em funções jurisdicionais (em casos excepcionais) e executivos (para atos internos).

O poder Executivo, por sua vez, é responsável, tipicamente, pelas funções de chefia do Estado, chefia do Governo e administração e, atipicamente, por legislar em casos excepcionais e julgar administrativamente.

Ao passo que o Judiciário, como visto, possui a atribuição primordial de jurisdição e as atribuições subsidiárias de legislar e administrar a sua própria estrutura.

Para manter a harmonia entre os três poderes e suas funções, surgiu nos Estados Unidos da América o sistema de *checks and balances*, o qual atribui a todos os poderes o dever de vigiar, fiscalizar e auxiliar os demais.

Ainda, como forma de garantir a não ingerência de um poder sobre o outro, concedeu-se aos seus membros garantias e imunidades que impedem a intervenção alheia em seus cargos e atribuições. Essas fornecem aos garantidos uma segurança maior de estabilidade e possibilidade de realizar seu trabalho de forma independente e livre.

Porém, em que pesem as normas estabelecidas a fim de manter a igualdade de forças entre os três poderes, é nítida a diferença hierárquica informal entre eles, sendo que em países

parlamentaristas o Legislativo representa uma força maior que os demais, enquanto nos países presidencialistas, como é o caso do Brasil, a grande força pertence ao poder Executivo.

Com o passar dos tempos, portanto, o sistema judiciário teve que se aperfeiçoar, e continua tendo, para que a sua independência perante os demais poderes pudesse ser garantida.

O Supremo Tribunal Federal é o mais alto órgão do Judiciário e tem o dever, entre outros, de zelar por esta soberania do poder.

Contudo, não foi isto que aconteceu desde a sua criação. O STF era visto, inclusive por seus próprios Ministros, como um órgão até certo ponto subordinado ao Executivo, o qual apenas se manifestava em situações que não causariam um “mal-estar” com estes últimos.

Sua estruturação seguiu o modelo da Suprema Corte americana, tendo daquele país adquirido o conceito de competência do Supremo Tribunal Federal para realizar o controle de constitucionalidade das leis, o qual no Brasil foi exercido através de um sistema misto, em que se destacam as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

Entretanto, o principal objeto de estudo aqui consistiu na análise do sistema de composição do quadro de Ministros do STF, o qual ainda permanece sendo um tabu frente aos outros poderes. Isso porque o art. 101 da CRFB/88 estabelece requisitos para a composição do Supremo Tribunal Federal que têm gerado muitos debates na sociedade e na mídia.

Com isso, diversas propostas tentaram modificar este modelo. Dentre elas, foram aqui citadas as do ex-Ministro do STF Carlos Velloso, do advogado Kyioshi Harada e as PEC's 92/1995 e 17/2011.

Todas elas tentam impor requisitos mais objetivos ao processo de escolha dos Ministros do STF e estabelecem uma boa discussão a ser realizada pelos três poderes do Estado, bem como pelos estudiosos e doutrinadores constitucionalistas.

De todas elas, a única que retira do Presidente da República o poder de escolher o futuro Ministro é a Proposta de Emenda Constitucional 17/2011, que se encontra em votação no Senado Federal.

Quanto aos demais requisitos, todos contribuem um pouco mais para o debate: A proposta do ex-Ministro Carlos Velloso destaca que os candidatos possuam mais de 20 anos de experiência jurídica; a do advogado Harada propõe que seja o STF composto por magistrados de carreira, membros do Ministério Público e advogados, tal como acontece nos demais Tribunais pátrios; a PEC 92/1995 sugere que o Supremo seja constituído exclusivamente por magistrados de carreira e que a aprovação do senado seja por maioria

simples; enquanto, a atual PEC 17/2011 alvitra uma mudança mais brusca no atual sistema, em que diversos órgãos do Estado indicariam membros, cada um deles possuindo requisitos específicos para sua indicação.

As propostas aqui estudadas foram todas realizadas por profissionais de “notável saber jurídico” e após grande estudo da área. Contudo, impossível olvidar que a atual redação da Constituição de 1988 também fora redigida por uma constituinte repleta de conhecedores do Direito Constitucional e que, à época, acreditavam ser a maneira mais correta de escolher os Ministros do STF.

Contudo, verifica-se a ausência de um debate nacional que ponha em questão este tema de relevante importância para o cenário político jurídico nacional. Faz-se necessário, portanto o debate entre todos os que se importam com o tema para que o Direito seja modificado ou, até mesmo, assegurado no seu atual modelo, de acordo com o melhor entendimento daqueles que o estudam.

Esta questão toda é ressaltada de maior importância, porque tem o fim de fazer com que os depoimentos como os da Ministra-corregedora Eliana Calmom e as críticas realizadas pela sociedade contra a corrupção no poder público sejam restringidas e impossibilitadas através da certeza que os diversos Ministros são todos independentes, autônomos e livres em seus julgamentos.

Assim como dito, o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CRFB) e somente por ele deve ser exercido, então, todo aquele titular de poder, tal como o Judiciário, deverá ser dotado da legitimidade construída pela representação popular.

Os estudos aqui realizados demonstram ser pouco provável a comprovação de ingerência direta dos demais poderes sobre o Judiciário. No entanto, é importante a visualização de que o atual modelo de composição do Supremo Tribunal Federal tem possibilitado o surgimento de críticas quanto às possíveis influências políticas e, desta forma, impede a confiança da população no Judiciário como um poder independente e harmônico com os demais poderes.

Assim, faz-se necessário o debate sobre o tema para evitar futuros constrangimentos do poder Judiciário frente aos demais poderes que se julgam hierarquicamente superiores devido ao seu caráter eletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Maurício Pinto de. A criação do STF e sua composição. Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/67521/>> Acesso em 18 de novembro de 2011.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª quinzena de junho de 2004, nº 12/2004 – volume I.

ARISTÓTELES. Política. Martin Claret, 2006, 1 ed.

BOMFIM, Edson Rocha. Supremo Tribunal Federal: perfil histórico. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

BARBIERO, Diego Roberto. As medidas provisórias e a possibilidade de controle jurisdicional de seus pressupostos constitucionais. Trabalho de conclusão de curso em especialização, Universidade do Sul de Santa Catarina e Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2009.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em 01 de novembro de 2011.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm> Acesso em 01 de novembro de 2011.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 01 de novembro de 2011.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em: 01 de novembro de 2011.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 01 de novembro de 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em 01 de novembro de 2011.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em 01 de novembro de 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 01 de novembro de 2011.

BRASIL. Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm> Acesso em 18 de novembro de 2011.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n.º 92 de 1995. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14367>> Acesso em 27 de novembro de 2011.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n.º 17 de 2011. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499894>> Acesso em 27 de novembro de 2011.

COLLAÇO, Rodrigo. Como democratizar o acesso ao supremo. Revista jurídica consulex Brasília, CONSULEX v.218, fev. 2006, p. 30.

CONJUR – Consultor Jurídico. Câmara analisa mudança na escolha de ministros. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-07/camara-deputados-analisa-mudanca-escolha-ministros-stf>> Acesso em 27 de novembro de 2011.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Como democratizar o acesso ao supremo. Revista jurídica consulex Brasília, CONSULEX v.218, fev. 2006, p. 29.

ESPAÇO VITAL. O melhor site jurídico da internet brasileira. Disponível em <<http://www.espacovital.com.br/index.php>> Acesso em 01/12/2011

- ESTADÃO.COM.BR. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>> Acesso em 04/12/2011.
- FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais: tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- FURMANN, Ivan. O Supremo Tribunal Federal e o regime militar de 1964. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20557/o-supremo-tribunal-federal-e-o-regime-militar-de-1964/3>> Acesso em 03/01/2012.
- HARADA, Kiyoshi. Critérios de Escolha de Ministros para o STF. Revista jurídica consulex Brasília, CONSULEX v.218, fev. 2006, p. 28-29.
- JALORETTO, Maria F.; MUELLER, Bernardo P. M. O procedimento de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. Economic Analysis of Law Review, Vol. 2, Nº 1, 2011, p. 170-187. p. 172.
- LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. Martin Claret, 2002, 1ª ed.
- MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos : desenvolvimento no estado brasileiro. Revista jurídica "9 de julho" São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de Sao Paulo v.2, jul. 2003, p. 235-256
- MEZZAROBA, Orides, [et. al]. Manual da metodologia da pesquisa no direito. 3ª ed. rev.. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. 1º volume.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24 ed. – São Paulo: Atlas, 2009.
- MÓSCA, Hugo. O Supremo Tribunal, ontem e hoje. Brasileira: Gráfica Gutenberg Ltda., 1986.
- PEÑA DE MORAES, Guilherme. Curso de direito constitucional. 3 edição, São Paulo, Atlas, 2010.
- PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- SÁ FILHO, Francisco. Relacoes entre os Poderes do Estado (Leituras de Direito Constitucional). Rio de Janeiro : Borsoi, 1959
- SANTOS, Marcelo Paiva dos. A história não contada do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. Brasil: Editora Malheiros, 2009, 33ª edição.

SILVA, Virgílio Afonso da. Inventando problemas. Folha de São Paulo, São Paulo. p. A3, 19/07/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 21/11/2011.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. Revista dos tribunais: Caderno de Direito Constitucional e ciência política, ano 7, n.º 29, outubro-dezembro, 1999. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

TAVARES, André Ramos. O STF na agenda política. Folha de São Paulo, São Paulo. p. A3, 19/07/2008.

TEIXEIRA, José Elaedres Marques. A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Forma de investidura dos ministros do STF. Revista jurídica consulex Brasília, CONSULEX v.218, fev. 2006, p. 26-27.

VEJA.COM. Acervo digital Veja. Disponível em

<<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>> Acesso em 03/01/2012.