

## **Ainda o Senado Federal, a nomeação de Ministros para o STF e seus mandatos (a partir de provocações de Ronald Dworkin)**

**Renato Stanzola Vieira**

### **1. Delimitação do tema e conclusão antecipada**

Em recente artigo publicado no Brasil, Ronald Dworkin salientou que “O Senado não tem o direito de apostar com a Constituição da nação e seu futuro.”<sup>1</sup> Aquele e outro texto, publicado no mesmo periódico nacional<sup>2</sup>, demonstraram a preocupação que o autor tem com a forma de investidura dos *Justices* da Suprema Corte norte-americana. As considerações do conhecido jusfilósofo nos dois textos, de resto, evidenciam o quão tormentosa é a pretendida clivagem político-jurídica pela qual os candidatos passam perante o Senado dos Estados Unidos, após a indicação do Chefe do Poder Executivo.

Nos dois artigos se vê que a preocupação do autor é não só com os aspectos ideológicos de cada um dos *Justices* que ao final foram nomeados à Suprema Corte norte-americana<sup>3</sup>, mas outra, mais profunda, qual seja, a da existência ou não de uma específica “filosofia constitucional”. Pelo texto, o próprio Dworkin resumiu a expressão utilizada como “uma visão de democracia que seja capaz de filtrar seu compromisso partidário e suas preferências políticas ao decidir quais os comandos contidos na Constituição.”<sup>4</sup>

Como qualquer estudante de Direito sabe, uma coisa é decidir a partir da premissa jurídica pertinente e se atingir determinada conclusão; outra diversa é, a partir da particular e juridicamente aleatória pré-

---

<sup>1</sup> Juiz Roberts em julgamento, *Revista de Direito do Estado* 2: 20, 2006.

<sup>2</sup> O estranho caso do juiz Alito, *Revista de Direito do Estado* 2: 21 e 36, 2006.

<sup>3</sup> Com o que se remonta a uma preocupação constante do constitucionalismo norte-americano, segundo a qual o juiz pode, no limite, sobrepor suas vontades e idiosincrasias pessoais à proclamada vontade constituinte, sedimentada no texto da Constituição. Ronald Dworkin, *Is democracy possible here?* 2006:135.

<sup>4</sup> Juiz Roberts em julgamento, art. cit., 11.

concepção de valores, escolher entre qual seria a norma adequada para se atingir a decisão à qual se quer chegar <sup>5</sup>. A democracia – e ousamos dizer, a “filosofia constitucional” defendida pelo autor – convive, não sem conflitos imanentes, com a primeira; mas não com o voluntarismo da segunda. Ainda mais em se tratando de decisão advinda de Corte Suprema, a qual tem o pecado mortal de se responsabilizar pelo último erro e nem por isso é instituição anti-democrática<sup>6</sup>.

Aceito o uso dos dois artigos e o necessário esforço de adaptação crítica ao contexto do direito positivo brasileiro <sup>7</sup>, trata-se de (re)pensar a participação dos Senadores da República no âmbito da nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro <sup>8</sup>, para que se tente dar resposta, neste artigo, à pergunta singela sobre se afinal, ainda se sustenta no Brasil a forma de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, repetida em 1988.

Mais uma vez, de carona no que foi frisado para o contexto estrangeiro, vale pensar no Brasil, na medida em que, acredita-se, tanto lá como aqui, “É preciso um número suficiente de pessoas cientes de que a sabatina não é uma brincadeira de esconde-esconde, e um indicado cujas respostas não sejam objetivas e reveladoras é moralmente culpado.”<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> “Is reading the text just a pretext for expressing the reader’s vision in the august, almost holy terms of constitutional law? Is the Constitution simply a mirror in which one sees what one wants to see?” Laurence H. Tribe, Michael C. Dorf, *On Reading the Constitution*, 1992, p. 7.

<sup>6</sup> Ronald Dworkin, *Freedom’s Law – the moral reading of the American constitution*, 1996, p. 7. Eugene Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, *Harvard Law Review* 66: 199, 1952. Richard Funston, *A Vital National Seminar. The Supreme Court in American Political Life*, 1978, p. 17.

<sup>7</sup> Sobre a utilização, com cautela, do direito comparado para a análise das instituições jurídicas brasileiras, a doutrina constitucional brasileira recente tem começado a dar mais atenção. Ver, por todos, Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, in *Interpretação constitucional*, 2005, pp. 116-7.

<sup>8</sup> Vide artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

<sup>9</sup> O estranho caso do juiz Alito, art. cit., 23. Ainda: “seria amesquinhar a tarefa do Senado de confirmação dos juizes para a Suprema Corte se este tivesse apenas que certificar que o indicado não é um corrupto e está disposto a jurar obediência à lei.” (art. cit., p. 25). Em outras palavras: “*Judicial appointments have become more political, and presidents use them strategically to play to particular constituencies.*”, Ronald Dworkin, *Is Democracy possible here?* Ob. Cit., p. 158.

Para que se atinja a conclusão e a resposta pela negativa à pergunta formulada, será preciso estabelecer as seguintes premissas fundamentais. São elas:

i. O Senado Federal não é institucionalmente designado para participar, ainda que sob a forma atípica, na Jurisdição Constitucional brasileira;

ii. Por sua vez, o exercício da Jurisdição Constitucional brasileira – particularmente a concentrada e abstrata<sup>10</sup> deve ser permeado por obediência às regras de democracia. Para o que importa a este artigo, demanda-se atenção à necessária distinção na investidura, com vistas à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Na conclusão se tentará alcançar propositura de nova forma de composição do Supremo Tribunal Federal. De qualquer prisma que se veja a questão, que só em aparência é simples, o que está em questão é a complexidade da legitimidade democrática do exercício da Jurisdição Constitucional no Brasil. Tema tão espinhoso quanto caro ao constitucionalismo nacional e internacional, demanda recorte cuidadoso.

Paciência, pois, para a abordagem histórico-institucional sobre a continuidade de algumas características essenciais do Senado brasileiro, para a necessária colocação, depois, da discussão principal do artigo.

## **2. Evolução do Senado Federal brasileiro**

Ainda que as cores do Senado pintadas em 1988 tenham sido delineadas com o início do republicanismo brasileiro de 1891, certo é que já

---

<sup>10</sup> Insista-se, quantas vezes for necessário: a abstração opõe-se à concretude do modelo e se prende, só, à natureza do litígio, e, como se ensina no Brasil a partir de lição do direito alemão, de se tratar de tutela do direito objetivo ou de direito subjetivo. Inconfundível, pois, com a dicotomia entre concentração e difusão, que se referem à competência para o exercício do controle de constitucionalidade. Ver: Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, pp. 128-30; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2006, pp. 46-51. Permitimo-nos remeter a estudo nosso e de Flávia Piovesan, Arguição de descumprimento de preceito fundamental: inovações e aspectos polêmicos, *in Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*, André Ramos Tavares e Walther Claudius Rothenburg (coord.), 2003.

em 1824, na Constituição Imperial, se previa o legislativo bicameral<sup>11</sup>. Tratava-se de vitaliciedade para o exercício do cargo de Senador, com interferência direta do Imperador<sup>12</sup>, e maiores vencimentos que os dos Deputados<sup>13</sup>.

Já se antevia, desde o Império, que “muito britanicamente, tudo continua como está, até que outras experiências venham a comprovar a necessidade de modificar a tradição....”<sup>14</sup>.

Isso porque, mesmo antes do sopro dos ventos republicanos, tentava-se dar ao Senado Federal a distinção feita nos Estados Unidos da América, pelo qual o órgão era visto como um “segundo ramo da Assembléia Legislativa”, apto a conter os pressupostos impulsos de “todas as assembléias únicas e numerosas em ceder aos impulsos de súbitas e violentas paixões e ser levadas por líderes facciosos a tomarem resoluções intempestivas e perniciosas.”<sup>15</sup>

No Brasil, o Senado exercia o controle dos atos da Câmara Baixa pelo uso de critérios tradicionais de “ancialidade e nobilitação”<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Previsão dos artigos 13 e seguintes meramente nominais, pois à época se dizia que “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.” (art. 98).

<sup>12</sup> “As eleições serão feitas pela mesma maneira que as dos deputados, mas em listas tríplices, sobre as quais o Imperador escolherá o terço na totalidade da lista.” (Art. 43); “Os príncipes da Casa Imperial são senadores por direito e terão assento no Senado logo que chegarem à idade de vinte e cinco anos.”(art. 46)

<sup>13</sup> “O subsídio dos senadores será de tanto, e mais a metade, do que tiverem os deputados.” (art. 51). De fato, não se cogitava de justiça redistributiva: quanto mais se tinha, maior a possibilidade de aceder ao Senado; onde o vencimento era maior. A recíproca era verdadeira.

<sup>14</sup> Vamireh Chacon, *História Institucional do Senado do Brasil*, 1997, p. 34.

<sup>15</sup> Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *O Federalista*, 2003, verbete LXII, p. 383. Para que não se duvide dessa tentativa de aproximação, ver: “A sociedade tem dois grandes interesses sempre em ação: o da conservação dos bens que goza e o do progresso; tem também sempre em movimento os interesses das localidades e o interesse geral. A Câmara dos Deputados é a representação ativa do progresso, dos interesses e móveis; o Senado é o outro órgão, outro ramo essencial do Poder Legislativo que, sem opor-se àquela representação, quando suas vistas forem bem fundadas, deve fora disso ser o representante das idéias conservadoras e do interesse geral, como predominante.” (José Antônio Pimenta Bueno, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, 1852, p. 329.)

<sup>16</sup> Vamireh Chacon, Ob. Cit., p. 29. Fica como marca registrada a distinção de duração do tempo de exercício de mandatos entre Senadores e Deputados, desde 1824 até os dias que correm.

Com a República e a instituição do Supremo Tribunal Federal <sup>17</sup>, iniciava-se ao mesmo tempo a indicação por parte do Presidente da República, com chancela senatorial<sup>18</sup>, aos nomes indicados para composição de nossa Suprema Corte.

Naquele tempo, era mais indistinto o exercício de funções específicas de cada um dos poderes da República, pois se por um lado o vice-presidente da República era, por específica previsão constitucional, o presidente do Senado (art. 32); por outro, era condição ao postulante de Ministro do Supremo Tribunal Federal sua aptidão a ser eleito para o Senado (art. 56). Fácil aceder, portanto, de cargo no Senado Federal ao de Ministro do Supremo Tribunal Federal, tudo a depender da indicação do Presidente da República – claro, após a chancela a ser dada pelo.... Senado.

A aproximação entre os sistemas norte-americano e brasileiro<sup>19</sup> jamais ocorreu como se esperava. Afinal, no artigo federalista LXXVI, louvava-se a iniciativa de o Senado cooperar com a nomeação dos Ministros da Suprema Corte a partir da própria independência que teria perante o outro Poder de Estado – o Executivo. Basta ler: “Para que finalidades, então, é prevista a cooperação do Senado? A meu ver, a necessidade de tal cooperação tem uma grande importância, embora geralmente despercebida. Além de constituir forte obstáculo contra uma tendência de favoritismo por parte do presidente, ela concorre substancialmente para evitar nomeações de candidatos incapazes, prejudicando os interesses do Estado, para atender ligações de família, compromissos pessoais ou propósitos demagógicos.”<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Para Emília Viotti da Costa, o Supremo Tribunal Federal foi criado em 11 de outubro de 1890, pelo Decreto 848. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, 2001, p. 16. Para Aliomar Baleeiro, isso se deu pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. *Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*, 1968, p. 20.

<sup>18</sup> “Artigo 48: Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 12. Nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado.”

<sup>19</sup> Além das influências de Rui Barbosa, ver em João Barbalho a transcrição de trechos de *O Federalista* para justificar a chancela senatorial aos nomes cogitados para o Supremo Tribunal Federal. *Constituição Federal Brasileira (1891) Comentada*, 2002, pp. 193-4.

<sup>20</sup> Hamilton, Madison, Jay, ob. Cit., p. 461.

A partir de 1934, a complexidade da participação do Senado na indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e sua cooperação na Jurisdição Constitucional vem à tona com mais clareza. À manutenção da participação senatorial na indicação dos nomes ao Supremo Tribunal Federal (art. 74), somou-se o dístico da instituição da cláusula da “reserva de plenário” em julgamentos de controle difuso de constitucionalidade <sup>21</sup>, com comunicação ao Senado Federal com vistas à suspensão da execução de lei declarada, no todo ou em parte, inconstitucional pelo Poder Judiciário (artigo 91, inc. IV) <sup>22</sup>.

Em 1934, o Senado Federal já não era mais típico órgão do Poder Legislativo, e sim, “órgão de coordenação entre os Poderes”, nos termos dos artigos 88 e seguintes daquela Constituição. A configuração, por um lado, à época já poderia desnudar ainda mais o equívoco inicial da forçada semelhança com o Senado norte-americano <sup>23</sup>; por outro, poderia provocar a discussão sobre a participação de órgão externo aos Poderes constituídos, como árbitro democrático, para a específica função de auxílio na composição da Suprema Corte.

Ainda não se colocava com nitidez a fundamental discussão quanto à legitimidade democrática da atuação da Jurisdição Constitucional; e particularmente, de sua formação.

De 1934 em diante, no panorama histórico brasileiro, a conformação jurídica do Senado permaneceu indefinida, o que se poderia perceber logo a partir de 1937, quando, sob a nomenclatura de “Conselho Federal”, tentava-se dar novo verniz ao velho Senado. Naquele texto, deve-se frisar que novamente havia ingerência do Chefe do Poder Executivo em sua conformação (nomeava dez de seus membros, *ex vi* do art. 50). A tônica da

---

<sup>21</sup> Artigo 179: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.”

<sup>22</sup> Essa instigante função atípica do Senado Federal não será objeto de estudo neste artigo. Para breve resenha das opiniões a respeito, ver: Paulo Napoleão Nogueira da Silva. *O Controle da Constitucionalidade e o Senado*, 2000; Sérgio Resende de Barros, O Senado e o controle de constitucionalidade, *in Revista Brasileira Direito Constitucional 1*: 163-80, 2003.

<sup>23</sup> Lenio Streck ressalta que naquela Carta Constitucional se tentou instituir o *unicameralismo* no Brasil, ao exemplo do que havia na Alemanha de Weimar e na Espanha. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*, 2002, p. 345. Ver também Waldemar Martins Ferreira, *História do direito constitucional brasileiro*, 2003, p. 96.

cooperação com as indicações do Presidente da República aos cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal, por parte do “Conselho Federal” permanecia a mesma. Basta ver os artigos 55, “a” e 98, da Constituição de 1937.

No esdrúxulo cenário, chegou-se ao ponto de prever, junto à reserva de plenário para a apreciação de inconstitucionalidade de atos normativos, a cassação de efeitos da decisão judicial que tivesse reconhecido a inconstitucionalidade de lei, por afronta a interesse pautado pelo Poder Executivo<sup>24</sup>. Oscar Vilhena Vieira, com singeleza, pontuou que “esta medida retirava do Supremo Tribunal Federal o poder de dizer a última palavra sobre a validade de uma norma”<sup>25</sup>.

Na nova República, a partir da Constituição de 1946, o Senado Federal se revigorou como típica instituição do bicameralismo brasileiro e foi reintegrado ao Poder Legislativo (arts. 37 e ss.). Ainda assim, ao tempo em que remanesceu a função atípica de suspender execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64), participava da nomeação dos Ministros indicados pelo Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal (art. 99), observado o quorum de maioria simples dos Senadores em aludida deliberação (art. 42).

Ainda era difícil se considerar alguma independência nessa e em outras funções em dividiu as responsabilidades institucionais com o Presidente da República, pois “o Vice-Presidente da República exercerá as funções de presidente do Senado Federal” (art. 61).

A essas peculiaridades se somava a instituição, via Emenda Constitucional, da representação de inconstitucionalidade no direito brasileiro, de

---

<sup>24</sup> Trata-se da pouco comentada previsão do artigo 96, parágrafo único, da Carta de 1937. A previsão era de consulta ao Poder Legislativo, para submissão do ato normativo à nova votação. Poucas vezes se atingiu tamanho cinismo na história constitucional brasileira, pois pelo artigo 178, da própria Constituição de 1937, “são dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos estados e das Câmaras municipais.” Novas eleições ficaram na pendência de previsto plebiscito. Que nunca se realizou. No estranho referendo legislativo, faltava o Legislativo.

<sup>25</sup> Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*, 2002, p. 121. Carlos Alberto Lúcio Bittencourt recorda caso em que o Presidente da República, usando da faculdade do citado artigo constitucional, reavivou disposições julgadas inconstitucionais ante a vigência da Carta Constitucional de 1934, por meio de Decretos-Lei. *O controle judicial da constitucionalidade das leis*, 1949, p. 139.

titularidade exclusiva do Procurador-Geral da República – demissível *ad nutum* pelo Presidente da República - em significativa alteração do quadro da Jurisdição Constitucional brasileira, que, tirante a excepcional hipótese de representação por intervenção, era de matiz difusa na competência e subjetiva no que se referia à natureza do direito *sub judice* <sup>26</sup>.

Passada a Constituição outorgada de 1967/69, foi mantida a regra de bicameralismo no Brasil (artigo 27), no qual a indicação, pelo Presidente da República, de nomes para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal deveria, novamente, passar pelo crivo do Senado Federal (artigo 118, parágrafo único), mantida a deliberação por simples maioria (art. 31).

Em 1988, da delimitação pré-concebida para este artigo, destacam-se, ainda os anacronismos que tanto enraizaram a instituição do Senado Federal na tradição brasileira de participação na indicação de Ministros para o Supremo Tribunal Federal. Ainda que se trate, formalmente, de órgão participante do bicameralismo brasileiro (artigo 44, Constituição Federal) <sup>27</sup>, existe, até hoje, a atribuição de fiscalização da indicação do Presidente da República, aos nomes para a composição da Suprema Corte (artigo 101, parágrafo único). Mudou, apenas, o *quórum* para se deliberar acerca do assunto, pois se demanda maioria absoluta para a aprovação dos nomes dos indicados, conforme artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal.

---

<sup>26</sup> Ainda que este artigo não vise analisar em profundidade a origem dessa emenda, é bom frisar, com José Ignácio Botelho de Mesquita, quer pela peculiaridade de legitimação exclusiva ao Procurador-Geral da República, que intuitivamente não iria desagradar ao Presidente da República que o poderia demitir *ad nutum*; quer em vista ao teor da aludida emenda no que pertine à nova composição do Supremo Tribunal Federal (de 11 para 16 Ministros – 05 cinco, evidentemente, indicados pelo Presidente da República), que o controle abstrato de constitucionalidade “já nasceu de farda”. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, in *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP* 5: 9, 2002. Boaventura de Souza Santos lembra que “desde que fosse assegurada a sua neutralização política, a independência dos tribunais podia servir os desígnios da ditadura.”. *Os Tribunais na sociedade contemporânea. O caso português*, 1996, pp. 36-7.

<sup>27</sup> José Afonso da Silva ensina que “basear-se na tradição para sustentar o bicameralismo é pretender a estagnação das instituições políticas.” *Processo Constitucional de Formação das Leis*, 2006, p. 76. Na atual conjuntura jurídico-política brasileira, Gilberto Bercovici é pontual e certo, ao frisar que existe “predomínio da representação dos Estados em detrimento da representação popular.” *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*, 2004, p. 79. Aliás, observado o fórum de representação popular que deve ser o Congresso Nacional, aguarda-se razão jurídica que justifique sua presidência por membro do Senado Federal, que representa ente parcial da Federação, e não, diretamente, o povo (artigo 57, § 5º., Constituição Federal).



Portanto, ao que parece da breve evolução passada em resenha, o traço de continuidade do Senado brasileiro, no particular que este artigo permite, não foi sua feição específica no bicameralismo, ou mesmo no federalismo brasileiro. Antes: cuidou-se de não haver ruptura na ligação instrumental ao Poder Executivo com vistas à composição da cúpula do Poder Judiciário: concordância com a indicação de Ministros ao Supremo Tribunal Federal.

A Jurisdição Constitucional brasileira, moldada em seu início a partir das lições norte-americanas e posteriormente afeiçoada ao perfil europeu-continental, em seu exercício de cúpula, ficou à mercê da conjunção de vontades dos dois outros Poderes instituídos, ao sabor de cada variação constitucional.

Tanto ontem como hoje, os fiscalizados escolhem, de antemão, o fiscal de seus atos.

### **3. Jurisdição Constitucional brasileira a caminho da legitimidade democrática**

Não seria possível, aqui, inventariar os possíveis desdobramentos operacionais do que se tome por Jurisdição Constitucional. Importa, isso sim, partir de um conceito sintético, aceito e útil, para na seqüência, tratar da imbricação dessa Jurisdição com o propósito de participação do Senado na nomeação dos membros que compõem o Supremo Tribunal Federal.

André Ramos Tavares aponta como conceito metodologicamente aceitável de Jurisdição Constitucional o seguinte: “a atividade jurisdicional cometida a um órgão específico dentro da estrutura estatal, cuja finalidade última é a de verificar a congruência das normas hierarquicamente inferiores à Constituição com os preceitos desta, tanto no que diz respeito ao aspecto formal quanto material, declarando a invalidade da norma e,

consequentemente, sua inaplicabilidade, a um caso concreto ou em caráter genérico, quando haja discordância dessa norma inferior com o Texto Maior.”<sup>28</sup>

A partir da noção operacional, o exercício da Jurisdição Constitucional, necessariamente, é visto como inseparável de outro grande tema da teoria política, qual seja: a democracia. Afinal, em pouquíssimas palavras, a principal discussão jurídica sobre os dois assuntos é quanto à legitimidade democrática de Juízes, aqueles nomeados após indicação por outro Poder de Estado, arvorarem-se em curadores do respeito à vontade popular sedimentada no texto constitucional.

A essa possibilidade subjaz uma questão de fundo, na qual se constata um dos aparentes paradoxos da Jurisdição Constitucional <sup>29</sup>, qual seja, a necessidade – em prol da democracia e da manutenção dos direitos - de se afastar do fórum da ocasional deliberação majoritária a conformação de alguns direitos constitucionais. Em outros termos, pergunta-se, por vezes: onde está o lado democrático da Jurisdição Constitucional, se ela limita o exercício do poder, regra fundamental da democracia? <sup>30</sup>

Uma das possíveis configurações justificáveis para a existência na Democracia da Jurisdição Constitucional está no papel de elo entre o controle do poder e o exercício do poder <sup>31</sup>, na medida em que se delimita a soberania popular em prol da manutenção da escolha soberana, cristalizada na Constituição.

---

<sup>28</sup> *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, 1998, p. 104. Desenvolvimento conceitual se vê, no mesmo autor, em *Teoria da Justiça Constitucional*, 2005, p. 142 e ss. Na produção bibliográfica específica do Brasil, vale ver também Walber de Moura Agra, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional brasileira*, 2005.

<sup>29</sup> Outro paradoxo notável, que não será estudado neste artigo, reside na dualidade de força e fraqueza da Jurisdição Constitucional. Afinal, braço do poder menos perigoso, como disse Bickel, a atuação judicial de controle da constitucionalidade das leis e proteção aos direitos fundamentais é o mais poderoso instrumento institucional para a manutenção da democracia. Em sua aparente fraqueza reside, pois, seu poder.

<sup>30</sup> Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 2000, p. 688; Stephen Holmes, El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia, in *Constitucionalismo y Democracia* (Jon Elster e Rune Slagstad - org.), 2001, p. 218; Cass Sunstein, Constituciones Y Democracias: Epílogo, in *Constitucionalismo y Democracia*, 2001, p. 344; Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 2003, p. 140.

<sup>31</sup> Ernst Wolfgang Böckenforde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, 2000, p. 92; Robert A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, 1984, p. 7.

Sobre a imbricação entre os campos jurídico e político dessa notável questão de direito constitucional, muito já se disse, a partir do próprio Kelsen, idealizador do modelo de justiça constitucional concentrada, que reconheceu ser tão difícil quanto impossível a separação da política e da justiça<sup>32</sup>.

Ainda que pareça sustentável para Kelsen e outros tantos a tese da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional a partir de sua função de proteção dos direitos constitucionais fundamentais, a discussão está longe de ser consensual, dentro<sup>33</sup> e fora<sup>34</sup> do Brasil.

Tem razão neste particular Luiz Werneck Vianna, que afirma que a política é “mercurial, que se infiltra em toda parte.”<sup>35</sup>, mas também parece acertado se supôr que, neste tema, se caminhe por uma via de mão dupla.

Afinal, no sistema democrático brasileiro, existe não só a judicialização das questões políticas, mas também a politização das principais discussões jurídicas nacionais. Como frisa, neste particular, Martônio Mont’alverne Barreto Lima, “Na verdade, o direito constitucional não é nada mais que um direito político por excelência e a natureza política predominante da jurisdição constitucional também é inquestionável.”<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> *Jurisdição Constitucional*, 2003, p. 154. Dieter Grimm afirma, no mesmo sentido, que “A relação entre direito e política continua assim, a princípio, insuprimível.”, *Constituição e Política*, 2006, p. 11.

<sup>33</sup> Dentre os autores há pouco citados, na obra de Luis Roberto Barroso, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, há excelente resumo técnico dos principais argumentos *contra* e *a favor* da legitimidade da jurisdição constitucional. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2006, pp. 51-61. Ver também: Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição Constitucional: a trajetória teórica para a superação da tensão entre direito humanos e soberania popular*, Rio de Janeiro (dissertação de mestrado, PUC-RJ, 2003), Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 2001. Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, 2002. Contra a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, no Brasil, o argumento mais sofisticado é desenvolvido por Martônio Mont’alverne Barreto Lima, *Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do poder judiciário*, in *Revista da Procuradoria-Geral da República* 8, 1996.

<sup>34</sup> Ronald Dworkin, *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*, 2005, pp. 287-8; Michael J. Perry, *The Constitution in the Courts – Law or Politics?*, 1994; Lawrence Sager, *The Domain of Constitutional Justice*, in *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Larry Alexander (coord.), 1998, p. 245; William Lasser, *The limits of Judicial Power, The Supreme Court in American Politics*, 1988; Raoul Berger, *Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment*, 1977.

<sup>35</sup> *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999, p. 44.

<sup>36</sup> A Democratização das indicações para o Supremo Tribunal Federal, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1: 599, 2003.

A imbricação entre o exercício da Jurisdição Constitucional com vistas à proteção de direitos fundamentais e a forma de investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do exercício dessa Jurisdição, parece, pois, indiscutível. E bem assim, também o é a imbricação entre a própria Jurisdição Constitucional e a democracia que se pretende ver instalada, formal e materialmente no Brasil a partir de 1988.

Do quanto aqui já se afirmou, ainda que se pretenda admitir como democraticamente sustentável a Jurisdição Constitucional, é necessário que se caminhe em direção a uma possível configuração, que aqui se ousa sugerir como mais próxima do ideal democrático.

Assumida a “concepção constitucional de Democracia”, nos moldes em que apregoa, mais uma vez, Ronald Dworkin <sup>37</sup>, o caminho escolhido neste artigo para se seguir na análise do problema jurídico atemporal é a cogitação de nova forma de investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Senado Federal não se preocupa com os reclamos da soberania popular e não poderia arcar com a responsabilidade da consequência da aprovação de nomes de Ministros do Supremo Tribunal Federal após indicação exclusiva e indelegável do Presidente da República.

Ainda que os Ministros da Suprema Corte, enfim, não sejam egressos da vontade popular <sup>38</sup>, postula-se que ao menos a composição do Supremo Tribunal Federal decorra de debate jurídico público, plural, transparente aos jurisdicionados. Enfim: que seja um debate jurídico responsável e à altura da função desempenhada pelos indicados a Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Mesmo porque, é sabido que na relação entre Jurisdição Constitucional e legitimidade democrática, é da respeitabilidade e aceitação das decisões da primeira que dimana sua legitimidade no Estado Democrático de Direito, como “elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito

---

<sup>37</sup> Ronald Dworkin, *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, 1999, p. 17 e *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*, 2006, p. 510.

<sup>38</sup> Esse ponto de vista é sustentado, entre nós, por Martônio Mont'alverne Barreto Lima, *A Democratização*, art. cit., p. 603.

do Estado.”<sup>39</sup>. Noutras palavras, só a partir da respeitabilidade das decisões proferidas na Jurisdição Constitucional é que se constrói sua legitimidade, como conceito sintético para “aprovação, pelos governados, daqueles que detêm o poder.”<sup>40</sup>

E, no desempenho das funções, a se observar o comportamento decisório, encontra-se a medida da balança entre sua respeitabilidade como instituição, e sua possibilidade de fazer valer a Constituição na medida em que seja essa sua atribuição<sup>41</sup>.

Particularmente pertinente a países como o Brasil, a constatação de se estar diante de Estado Democrático de Direito é atingida a partir de análise da conformação que se dê à Jurisdição Constitucional<sup>42</sup>.

A desconstrução da tradição brasileira, neste particular, portanto, é imprescindível. Voltemos, agora, às provocações de Dworkin.

#### **4. Legitimidade democrática pela nova investidura, com fixação de mandato.**

O propósito do artigo foi reconsiderar o Senado Federal brasileiro com seus aspectos principais de continuidade e ruptura, à luz da problemática da legitimação democrática em sua participação na nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. É tempo, agora, de cogitar de algumas sugestões.

A primeira idéia a ser desenvolvida é a de nova forma de investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em aproximação ao

---

<sup>39</sup> Lucio Levi, Legitimidade, in *Dicionário de Política*, (Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino coord.) 2: 675, 2004.

<sup>40</sup> Fábio Konder Comparato. *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*, 2006, p. 594.

<sup>41</sup> Maria da Assunção Esteves, Legitimação da Justiça Constitucional e princípio maioritário, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, 1995, p. 132.

<sup>42</sup> Pablo Perez Tremps, La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial referencia a América Latina, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional* 1 : 32, 2003.

modelo que se segue nos países dotados de Tribunal Constitucional <sup>43</sup>. As reflexões de Dworkin são, de novo, paradigmáticas a respeito <sup>44</sup>.

Ainda que em alguma medida a forma de investidura dos Ministros nos Tribunais Constitucionais atenda a necessárias variações decorrentes de cada contexto político e jurídico peculiar, há aspectos correlatos que merecem atenção, como por exemplo: a inexistência de nomeação direta pelo chefe do Poder Executivo com ratificação *a posteriori* por uma das Casas Legislativas, e, principalmente, a forma eletiva de sua investidura.

Vale insistir, para os limites deste texto, que a idéia já foi cogitada, ao menos uma vez, no Brasil, como lembra José Afonso da Silva: “Esse foi outro ponto bastante discutido no Congresso Constituinte de 1891. Lembre-se que o Anteprojeto da Constituição da Comissão nomeada pelo Governo do Marechal Deodoro da Fonseca, para tanto, propôs que os 15 membros do STF fossem nomeados pelo Senado Federal, mas nem o Governo aceitou essa proposta, pois no Projeto que remeteu à Constituinte já constava no artigo 55 que eles seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados os nomes pelo Senado Federal, tal como nos Estados Unidos. Houve, no entanto, no processo de formação da Constituição, diversas propostas: ‘juízes eleitos pelas legislaturas estaduais, dando cada Estado um juiz’; ‘membros eleitos pelo Senado sem qualquer intervenção do Presidente da República’; ‘membros eleitos pelo Congresso Nacional, Câmara e Senado, e não só pelo Senado’; houve quem propusesse nomeação exclusivamente pelo presidente da República, sem

---

<sup>43</sup> Tomem-se como exemplos o Tribunal Constitucional Português, composto por 13 Juízes, 10 designados pela Assembléia da República e 03 cooptados por eles. Dentro desse número, 06 são indicados por juízes de carreira, e outros 06, indicados entre juristas (Lei do Tribunal Constitucional Português: Lei 28, de 1982). O Tribunal Constitucional alemão se compõe de 16 membros, eleitos em partes iguais pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal. Há previsão de condições negativas de elegibilidade, como o não-pertencimento ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal, ao Governo Federal ou a qualquer órgão correspondente, dos entes federados (Lei Fundamental de Bonn, artigo 94, número 1; Lei Federal do Tribunal Constitucional Alemão, de 12 de março de 1951, com alteração de redação, publicada em 22 de julho de 1998). Na Espanha, conforme artigo 159, da Constituição de 1978, os 12 membros do Tribunal Constitucional assim se dividem: 04 deles após aprovação por 3/5 dos membros do Congresso Nacional; 04 após aprovação pelo mesmo quorum pelo Senado Federal; 02 por indicação do governo e 02 por proposta do Conselho Federal do poder judicial.

<sup>44</sup> Em recente texto, defendeu que a Constituição daquele país devesse ser emendada para que se institísse o mandato fixo, de 15 anos, do exercício da função de Justice na Suprema Corte. *Is Democracy possible here?* Ob. Cit., p. 158.

interferência do Senado; ou que dois terços dos membros seriam tirados dos magistrados mais antigos e cinco escolhidos entre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado (...). Prevaleceu o sistema de nomeação pelo presidente da República, com a aprovação do nome pelo Senado Federal, como ainda é hoje, com censuras que têm recrudescido ultimamente, por se entender que este sistema dá àquele uma predominância que não favorece a democracia”<sup>45</sup>.

Ainda não se soube amadurecer esse lado imprescindível do exercício democrático da Jurisdição Constitucional brasileira. Por isso, é pertinente a crítica de Aldo Pereira: “A nomeação de cada ministro é flagrantemente elitista. O cidadão comum não tem como influir nela, nem ao menos por meio de seus representantes na Câmara dos Deputados. Nem mesmo a corporação nacional de juízes é consultada. A indicação do Presidente da República precisa, sim, ser aprovada pela maioria absoluta dos senadores. Mas, afora a representatividade política do Senado ser muito inferior à da Câmara, a chancela senatorial tem sido ordinária formalidade: desde a gestão de Floriano Peixoto (1891-94), quando rejeitou cinco indicações, nunca mais o Senado deixou de, por compadrio ou displicência, sancionar a escolha presidencial”<sup>46</sup>.

É decisivo, pois, para a configuração democrática do Supremo Tribunal Federal que, neste particular, pense-se em nova forma de investidura.

O que se sugere neste texto, pois, é que a investidura ao exercício da função de Ministro do Supremo Tribunal Federal se dê de forma mais atenta às razões jurídicas de se compor a mais alta Corte, com substrato jurídico-constitucional, e, portanto, maior transparência aos jurisdicionados <sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 533. Ver, também, José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, *A Jurisdição Constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil*, in *Constituição e Crise Política* (José Adércio Leite Sampaio - coord.), 2006, p. 215.

<sup>46</sup> Aldo Pereira, “O elitismo antidemocrático do STF”, *Folha de São Paulo*, Tendências/Debates, 10 de novembro de 2005, p. 13.

<sup>47</sup> Em países próximos ao Brasil, a forma é variável: na Bolívia, a composição se dá após aprovação por 2/3 do Congresso Nacional em eleição de nomes encaminhados pelo Ministério da Justiça, pelas Faculdades de Direito e pelas Organizações de Advogados, e se prevê mandato fixo de dez anos, admitida uma reeleição (artigo 19, itens II e V, Constituição com a Reforma de 1994; artigo 14, da Lei nº 1836, de 1º de abril de 1998, lei do Tribunal

A sugestão é a seguinte, e propositalmente simples: mantém-se a composição de 11 Ministros, para que seis deles sejam indicados pelo Conselho Nacional de Justiça, por eleição aberta no referido órgão. A escolha analisará listas abertas, com indicação de 04 (quatro) nomes cada, encaminhadas pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Procuradoria-Geral da República.

Dentre os outros cinco Ministros, obedecido o encaminhamento de lista aberta tríplice pelo Presidente da República e pelos tribunais de segundo grau da Justiça Estadual e Federal, e das Justiças especializadas trabalhista, militar e eleitoral, propugna-se por eleição em um único turno, no Congresso Nacional, em votação unicameral e aberta.

A adoção da fórmula segue o padrão de decisão pluralística antes da nomeação dos Ministros e possibilita maior debate nacional, quer no Conselho Nacional de Justiça, quer nos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais, além de demais Tribunais, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Procuradoria-Geral da República e, por fim, no Congresso Nacional.

Ao se adotar o critério de votação unicameral, parece mais razoável se pressupor o conhecimento dos jurisdicionados sobre o acesso à Suprema Corte, pois no nosso sistema legislativo, a votação unicameral é a única maneira de se fazer valer o princípio democrático de que um homem vale um voto. Tudo, ainda que se saiba ser “difícil imaginar um processo que seja, simultaneamente, democrático e distante partidariamente.”<sup>48</sup>

---

Constitucional). Naquele país, a sentença do Tribunal afeta aos direitos subjetivos só tem aplicabilidade ao caso concreto, e não produz efeito *erga omnes* (artigo 121). De acordo com a lei do Tribunal Constitucional da Colômbia, dentre os nove juízes que o integram, com mandato de oito anos, três são indicados pelo Presidente da República, três pela Corte Suprema de Justiça e três pelo Conselho de Estado (Lei nº 270, de 1996, artigo 44). No Chile, a composição dos sete membros obedece a eleição da seguinte forma, para exercício de mandato por período de oito anos: três Ministros indicados pela Corte Suprema, após eleição prévia e secreta; um Advogado nomeado pelo Presidente da República, dois Advogados eleitos pelo Conselho de Segurança Nacional, um Advogado eleito pela maioria absoluta dos membros do Senado (artigo 81, da Constituição chilena de 1980, com reformas de 1989 e 1991). Vide: Francisco Eguiguren Praeli, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, 2000, pp. 79-196.

<sup>48</sup> GRIMM, Dieter, *Constituição e Política*. p. 171.



Não se adotaria a regra de eleição direta popular por se entender que esse Poder supremo não é dependente da legitimação popular direta em sua composição; como não é em suas decisões. E isso, não por razões elitistas quanto à sabedoria das eleições populares, mas pela própria função a ser desempenhada pela Corte: o controle da vontade majoritária, adotada nos demais âmbitos dos poderes políticos.

Assim, conquanto haja uma diferenciação do que se tem no Brasil até os dias atuais, a forma de composição do Supremo Tribunal Federal obedeceria ainda ao critério de indicação por Juízes de carreira e participação da Ordem dos Advogados do Brasil e órgão da Procuradoria-Geral da República que são intérpretes autorizados da compatibilidade entre os atos normativos e a Constituição Federal, com vistas à tutela dos direitos.

A sugestão para a democratização da Jurisdição Constitucional passa ainda pela fixação de outro critério, a saber: fixação de mandato para os Ministros, como também se vê no direito comparado <sup>49</sup>.

Obedecido o lado político da atuação de Juízes na Suprema Corte, e bem assim ao aspecto técnico-jurídico a matizar as decisões, não se poderia permitir coincidência de atuação com a dos demais representantes dos poderes políticos constituídos. Desta maneira – se é aprioristicamente não recomendável um mandato pequeno na medida em que não possibilitaria à Corte o influxo salutar de novas correntes interpretativas e nem seria aprazível à segurança jurídica – recomenda-se fixação de mandato fixo, de média duração, ao exercício da função de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Toma-se por base, nesse cálculo, o tempo de duração do mandato de Presidente da República (quatro anos, art. 82, Constituição Federal), bem assim, o tempo de cada mandato de membro da Câmara dos Deputados (quatro anos, art. 44, parágrafo único, Constituição Federal) e do Senado Federal

---

<sup>49</sup> Em Portugal o mandato de Juiz no Tribunal Constitucional dura 09 anos, não renovável (artigo 221, número 3, Constituição da República Portuguesa de 1976); na Alemanha o mandato dura 12 anos, ou se encerra com o atingimento da idade de 68 anos, sendo possível reeleição ao cargo, desde que não seqüencial (artigo 4<sup>o</sup>, itens 1 a 4 da Lei do Tribunal Constitucional); e, na Espanha, o tempo de mandato de cada Juiz do Tribunal Constitucional é de 09 anos, renovando-se sua composição em um terço a cada 03 anos (artigo 159, número 3, Constituição espanhola de 1978).

(art. 46, parágrafo primeiro, Constituição Federal), para se fixar em nove anos o tempo de exercício de mandato de cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, vedada a imediata recondução.

A não-coincidência dos tempos de mandatos de cada um dos representantes da cúpula dos Poderes instituídos na Constituição, além de lhes conferir autonomia no exercício das respectivas funções típicas, propiciaria ao Supremo Tribunal Federal a salutar desvinculação de decisões quer perante o Executivo, quer perante o Legislativo.

Trata-se, pois, de condição para o exercício da Jurisdição Constitucional tal como se imagina: atrelada tão-somente à Constituição e à proteção dos direitos fundamentais, em exercício jurisdicional obediente à lógica judicial, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil, da Procuradoria-Geral da República, dos Tribunais brasileiros e do Conselho Nacional de Justiça, órgão de composição mista<sup>50</sup>.

## **5. Conclusões: o quanto falta caminhar.**

As sugestões formuladas não buscam, necessariamente, atingir a formação do consenso<sup>51</sup>. Prestam-se a tentar contribuir para o amadurecimento do debate sobre o assunto e colocar luz no aspecto que ainda parece desconsiderado no Brasil: a injustificável forma atávica de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e a indefinição temporal de permanência no exercício da fundamental e especial judicatura.

Em questão não estão só os aspectos institucionais do Senado; e nem sua cooperação no processo legislativo brasileiro. O foco da preocupação é bem outro, qual seja: a necessidade de se considerar tal participação como vício congênito, fruto da tradição brasileira que deixou, muitas

---

<sup>50</sup> A respeito do Conselho, sua composição adequada e as razões da constitucionalidade de sua instituição no Brasil, ver: ADIn 3367-1-DF, Rel. Min. César Peluso, j. 13.04.2005.

<sup>51</sup> "A 'majority consensus' is 'often capable of misleading individuals into inaccurate, irrational, or unjustified judgements.'", Cass Sunstein, *Why society needs dissent*, 2003, p. 25.

vezes, o Judiciário a mercê do Poder Executivo, na formação do órgão responsável pela Jurisdição Constitucional brasileira.

É preciso ter olhos para ver, afinal, que, como diz Cass Sunstein – e por mais que um liberal se pareça com um conservador, observada a história de longa duração no Brasil <sup>52</sup>, “*Democratic presidents have been known to appoint relatively conservative judges, and Republican presidents have been known to appoint relatively liberal ones. In American history, many presidents have followed the practice of “senatorial courtesy”, by which senators from the president’s party have a substantial role in picking judges to fill seats in their own states.*” <sup>53</sup>

É hora, pois, de olharmos, os brasileiros, para o nosso passado, o nosso presente, e o futuro que se pode construir, democraticamente.

Assim, além de outras ponderações que poderiam ser feitas em torno do dilema constitucional da democracia e a legitimidade das decisões proferidas em Jurisdição Constitucional, preocupou-nos, neste artigo, a nomeação dos integrantes do Supremo Tribunal Federal.

As ponderações quanto a esse particular aspecto, parece-nos, não prejudicam posterior reformulação das competências do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo sua qualificação como desejável Tribunal Constitucional brasileiro – algo que, sabidamente, ainda não é.

Parece-nos, em conclusão, que a Jurisdição Constitucional brasileira, enquanto permanecer anti-democrática a partir da composição de sua cúpula, não cumprirá o papel de protetora das normas constitucionais e particularmente dos direitos fundamentais, quer se veja nela o espelho da vontade popular a ser protegida em face de arroubos ocasionais de populismos majoritários; quer represente mítica dificuldade contra-majoritária <sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Ou como se tornou célebre na história política brasileira, desde o Império: “não há nada mais parecido com um saquarema do que um luzia no poder”).

<sup>53</sup> *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, 2006, p. 6.

<sup>54</sup> “*Most aggressive decisions are far less countermajoritarian than they might seem.*” Cass Sunstein, *Why societies need dissent*, ob. Cit., p. 192.

