



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A composição do Supremo Tribunal Federal: discricionariedade, separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos

The structure of the Supreme Court: discretion, separation of powers and checks and balances

Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Resumo: O presente estudo faz uma análise da separação das funções estatais e a forma como o direito positivo brasileiro dispõe sobre a composição do Supremo Tribunal Federal. A análise visa identificar problemas na indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, de modo a propor soluções para os problemas identificados.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Composição do Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The current article aims to analyze the separation of powers and how the Brazilian law establishes the structure of the Supreme Court. The purpose of this analysis is to identify issues in the manner in which judges are appointed to the Court, as well as propose solutions for these issues.

Keywords: Separation of powers. Structure of the Supreme Court.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i2p27-45>

A COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DISCRICIONARIEDADE, SEPARAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Pedro Luiz Ferreira de ALMEIDA*

1. Introdução. 2. Divisão das Funções Estatais. 2.1. Divisão das Funções Estatais na Constituição de 1988. 3. A função jurisdicional na Constituição de 1988. 4. A Discricionariedade do Presidente e os critérios constitucionais para a composição do Supremo Tribunal Federal. 4.1. O presidencialismo de coalização e a indicação de ministros. 4.2. Propostas de otimização. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A separação das funções estatais tem sido aplicada como paradigma nos Estados Modernos. Tão grande é a sua aceitação, que é difícil imaginar um Estado de Direito que não siga mais ou menos o teorizado por Montesquieu. No entanto, o avanço social e político tem demonstrado que a forma como a teoria é aplicada demanda otimização.

No Brasil, há a previsão constitucional da tripartição dos poderes estatais em legislativo, executivo e judiciário. Tais “poderes” devem coexistir de maneira harmônica e independente, não devendo haver a influência direta de um poder sobre o outro.

No entanto, o sistema político brasileiro e o mundo fenomênico têm demonstrado que os poderes da República não têm atuado de maneira independente. O sistema presidencialista de coalização pressupõe que o Executivo troque cargos com lideranças políticas para formar a maioria no Legislativo.

Se de um lado, isso representa uma forma para o Executivo conseguir implementar suas políticas e projetos, por outro, resulta na flexibilização do sistema de *checks and balances*. Essa flexibilização do sistema afeta, de maneira negativa, principalmente a forma como se compõe o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo jurisdicional do Brasil.

A Constituição Federal prevê que os ministros desse Tribunal serão indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal. Se no sistema presidencialista de coalização o Presidente deve manter a maioria no Congresso, o controle legislativo sobre os nomes indicados ao Supremo Tribunal Federal fica invariavelmente prejudicado.

* Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016) e é mestre pela mesma instituição. Atualmente é advogado no Demarest Advogados. E-mail: pluiz@demarest.com.br

Nesse breve estudo, iremos analisar essa questão e propor uma solução de engenharia constitucional para otimizar a separação das funções estatais no Brasil. Para tanto, conforme será demonstrado, é necessário entender como a divisão das funções estatais está disposta no direito positivo brasileiro, qual o problema com a aplicação desta no mundo fenomênico e qual a solução. Ao final, iremos expor nossas conclusões sobre o estudo.

2. Divisão das Funções Estatais

De início, ao tratarmos da separação de poderes estatais devemos rememorar lição de Vidal Serrano e Luiz Alberto David Araújo que o poder estatal é uno e *indivisível* (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2013, p. 389). O que ocorre por meio do princípio em comento é a divisão das funções estatais. O poder estatal é uno no sentido de que ele detém o monopólio do uso da força dentro de seu território. Todavia, a forma como esse poder está ordenado dentro de um determinado Estado varia de cultura para cultura.

O estudo sobre como as funções estatais são divididas não é algo recente. Muito pelo contrário, filósofos como Platão e Aristóteles já teorizavam como essas funções deveriam ser ordenadas.

A atual sistemática de separação de poderes, tida como paradigma nos Estados modernos, surgiu como uma reação ao poder uno e concentrado na figura do monarca dos Estados absolutistas do séc. XVII. Coube ao Barão de Montesquieu teorizar sobre a tripartição dos poderes em *executivo, legislativo e judiciário*.

Na acepção do autor francês, *lei* é um enunciado de relação necessária entre dois ou mais seres, de modo que todas as coisas são governadas por leis. Para o autor, as leis tratariam do caminho natural das coisas. Nesse sentido, a proposta de tripartição de poderes de Montesquieu demonstra ser uma forma de garantir os limites do poder estatal, garantindo a liberdade política (MONTESQUIEU, 1996, p. 168). É nesse contexto que o autor propõe a tripartição, *in litteris*:

“Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne as invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 1996, pp. 167-168).

Pois bem, o pensamento de Montesquieu influenciou diretamente a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, tornando-se um verdadeiro dogma constitucional. Sahid Maluf aponta que tamanha foi a adoção da teoria de Montesquieu pelos Estados Liberais que até hoje persiste sem alterações substanciais (MALUF, 2008, p. 218).

De fato, o maior mérito da teoria do barão francês foi a ampla propagação de que o poder político estatal nas mãos de um órgão/soberano é danoso aos direitos dos súditos, visto que todos aqueles que detêm um poder tem a tendência natural de se aproveitar dele. No entanto, apesar da grande contribuição do autor francês, sua teoria não reflete necessariamente o que deve ser, mas sim uma forma de governo que determinada sociedade adota ou não.

Goffredo da Silva Telles Junior leciona que o *direito natural* é direito consentâneo com o sistema ético de referência vigente em uma dada coletividade. Este autor rejeita as teses de que haveria um direito natural baseado em princípios imutáveis de moralidade universal. (TELLES JUNIOR, 1980, pp. 421-422). Ou seja, não há um sistema que naturalmente deve ser adotado, mas tão somente aqueles que são construídos no seio de cada sociedade.

Inclusive, a possibilidade de adoção de outros sistemas não só é possível como pode ser que, em determinadas sociedades, funcione melhor. À título de exemplo, citamos o caso da Inglaterra, onde há um sistema parlamentarista com submissão do poder executivo ao parlamento e ainda assim é um sistema tido como exemplar. O jurista Geraldo Ataliba reconheceu o nível de desenvolvimento do sistema inglês em sua obra “República e Constituição”, onde afirma:

“Efetivamente, segundo a proposta de Montesquieu, garantem-se a prevalência e persistência das manifestações do órgão da representação popular, a igualdade, bem como os direitos das minorias, realizando-se na plenitude – como a independência do Poder Judiciário – o ideal do Estado de Direito, só possível onde a Constituição seja escrita (com a única e honrosíssima exceção da Inglaterra)” (ATALIBA, 2011, pp. 49-50).

Em contraponto, Hans Kelsen, teórico da teoria pura do direito, identificou que, em sua essência, o poder estatal só possui duas facetas: a criação e a aplicação do direito. O autor ainda esclarece que a divisão dos poderes nunca é absoluta, visto que é impossível atribuir a criação de Direito exclusivamente a um órgão e a sua aplicação a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções (KELSEN, 2016, p. 386).

Nesse contexto, o grau de separação das funções do poder estatal sempre é definido pelo *direito positivo*, visto que não necessariamente uma teoria ou outra da divisão funcional do poder estatal prevaleça sobre a outra. Portanto, ao tratarmos da separação funcional dos poderes no Estado Brasileiro, é necessário que se inicie pelo regramento posto pela Constituição Federal.

Na próxima sessão adentraremos no temo sob a divisão funcional do poder estatal à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988.

2.1. Divisão das Funções Estatais na Constituição de 1988

A Constituição Federal adotou a separação as funções estatais, denominando cada função de “Poder”. O art. 2º da Constituição dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A redação constitucional menciona três poderes: o Legislativo, incumbido de elaborar as leis em sentido estrito; o Executivo, responsável pela aplicação da lei *de ofício*; e o Judiciário, que exerce a função jurisdicional. A divisão nominal em três funções demonstra a adoção da tese do Barão de Montesquieu. No presente artigo não iremos adentrar especificamente nas nuances da essência de cada poder.

A divisão dos poderes na Constituição não confere soberania absoluta a cada poder. Há limitações explícitas e implícitas na atuação e no exercício da função de cada poder. Como exemplo, podemos citar: a possibilidade de veto pelo presidente da república, prevista no § 1º, art. 66; o controle dos atos do executivo pelo congresso nacional, prevista no art. 49, inc. X; a composição do Supremo Tribunal Federal indicada pelo presidente e referendada pelo Senado, prevista no parágrafo único, art. 101; dentre outras. Na lição de Montesquieu, trata-se de o sistema do “poder frear o poder”, *in litteris*:

“a experiência eterna mostra que todo home que tem poder é tentado a abusar dele: vai até onde encontra limites. Quem diria! A própria virtude tem necessidade de limites (...) não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freia o poder” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Inclusive, o que aparentemente seria uma violação ao princípio da separação dos poderes autorizado pela própria constituição, trata-se na verdade de uma forma de efetivar o princípio e o regime republicano por meio do “*checks and balances*”.

No exercício de cada função, a Constituição aloca funções atípicas a cada poder, como por exemplo: a possibilidade de julgamento do presidente da república (chefe do Poder Executivo) pelo Congresso Nacional, prevista no art. 86 do texto constitucional; a possibilidade de edição de medida provisória com força de lei pelo presidente da república, disposta no art. 62; e a edição de normas gerais e abstratas na forma de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme prescreve o art. 103-A.

Ainda, cada poder possui autonomia funcional e administrativa. Isto é, a organização interna e o exercício de prerrogativas administrativas deve ser exercida por cada poder. Tal prerrogativa é garantida pela Constituição justamente para evitar que um poder interfira indevidamente em questões internas do outro.

Sobre isso, é com razão que José Afonso da Silva leciona que a independência dos poderes pressupõe que a investidura e a permanência das pessoas em órgão de

cada poder independem da confiança ou da vontade dos outros; que o exercício das atribuições que lhe sejam próprias não demandem consulta ou autorizações de outro poder; e que a organização de cada poder é livre nos limites postos pela Constituição (SILVA, 2015, p. 112).

Evidentemente, considerando a diversidade de diferentes atribuições e competências conferidas a cada poder pelo texto constitucional, a doutrina buscou identificar qual o critério correto para a identificação das funções estatais. Em suma, há três critérios discutidos pelos juristas: o critério subjetivo, o critério material e o critério formal.

O critério subjetivo (ou orgânico) indica que a natureza da atividade se define pelo órgão que a exerce. Nesse sentido, se a atividade é exercida pelo Poder Judiciário, logo é exercício de função jurisdicional, se exercida pelo Poder Legislativo, função legislativa, e por aí vai. No entanto, conforme mencionado acima, os poderes exercem funções *atípicas*, isto é, atividades que materialmente não se relacionam com a função própria de cada poder. Dito isso, o critério demonstra fragilidade quando apontamos as funções atípicas exercidas por cada poder.

Por sua vez, conforme leciona André Luiz Freire, o critério material é aquele que procura identificar na própria atividade desempenhada os caracteres materiais que diferenciam as funções estatais (FREIRE, 2008, p. 28). Evidentemente, já dispomos anteriormente que cada poder exerce funções *atípicas* que muito se assemelham com as funções típicas de outro poder. No momento em que o legislativo julga o presidente da república, verificamos uma atividade que materialmente se assemelha à função do judiciário. Por outro lado, o executivo também exerce atividade materialmente próxima da jurisdicional quando exerce o poder de julgamento em processos administrativos disciplinares. A edição de súmulas vinculantes, normas gerais e abstratas, pelo judiciário também se aproxima materialmente muito da função legislativa. Sem contar que todo poder possui autonomia de administração.

Evidentemente, o critério material é insuficiente para a devida caracterização das funções estatais. André Luiz Freire, ao reconhecer a imprecisão desse critério, demonstra a similaridade material entre atividades diversas de cada poder, mas que não possuem o mesmo tratamento jurídico pela Constituição. Transcrevemos:

“Justamente em vista desses argumentos, o critério material também não é útil. Há atos materialmente legislativos que não possuem o mesmo regime jurídico das leis editadas pelo Poder Legislativo. Do mesmo modo, não se pode dizer que o ato de julgar, no âmbito da Administração Pública, tenha o mesmo valor formal e força jurídica do julgamento feito pelos Tribunais judiciais. Em síntese, o critério material não permite ao jurista identificar quais são as consequências jurídicas específicas decorrentes do exercício de cada

função. Pior, ele pode levar a confusões desnecessárias” (FREIRE, 2008, p. 29).

Já o critério formal, na lição de André Luiz Freire, é aquele pelo qual cabe ao cientista do direito verificar quais foram as características que a ordem jurídica positiva conferiu às atividades estatais (FREIRE, 2008, p. 31). Isto é, as funções legislativas, executiva e judiciária se definem e caracterizam de acordo com o disposto na Constituição Federal.

Nesse sentido, ao verificarmos atividades materialmente semelhantes, como o julgamento de um processo administrativo disciplinar pelo poder executivo e o julgamento de uma ação penal, se caracteriza como atividade jurisdicional somente a última, pois foi o que a Constituição definiu. Da mesma forma, a edição de súmulas vinculantes não constitui exercício do poder legislativo pois o texto constitucional assim dispõe.

André Luiz Freire conclui seus apontamentos sobre o critério formal da seguinte maneira:

“Como as funções dependem dos caracteres que o direito positivo lhes atribui, então se conclui que não existe um número certo de funções estatais, bem como um conceito universal de cada uma delas. Há que se observar o sistema jurídico-positivo de cada Estado, examinando quais são as funções existentes e o regime jurídico de cada qual. Logo, não se pode buscar no direito francês, por exemplo, os elementos necessários para caracterizar as funções do Estado brasileiro. Para empreender tal tarefa, mister se faz analisar o sistema constitucional do Brasil” (FREIRE, 2008, p. 31).

Portanto, uma correta análise sobre o poder judiciário e o grau de sua independência no sistema constitucional brasileiro só pode ser efetivada a partir da própria Constituição.

Ocorre que o constituinte originário, ao dispor sobre o poder judiciário em 1988, não tinha como de antemão prever deficiências e insuficiências políticas e materiais que o texto constitucional eventualmente possa apresentar. Tanto é assim, que a própria constituição prevê mecanismos formais para a sua alteração. Sob a ótica do Direito, nenhuma solução deve ser feita fora do regime constitucional.

No próximo item trataremos especificamente de como a Constituição dispõe sobre o exercício da função jurisdicional e o poder judiciário.

3. A função jurisdicional na Constituição de 1988

A Constituição Federal conferiu exclusividade ao poder judiciário para exercer a função jurisdicional. O art. 5º, inc. XXXV dispõe que nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada de apreciação pelo Poder Judiciário.

Inicialmente, cabe afirmar que no presente trabalho rejeitamos a teoria subjetiva sobre a separação do poder. Logo, a função jurisdicional não é caracterizada dessa forma porque é exercida pelo poder judiciário e nem pelas características materiais da função. É exclusiva do poder judiciário e de seus órgãos por mandamento constitucional.

Dessa maneira, cabe definir de antemão o que é a função jurisdicional.

Na lição de Vidal Serrano e Luiz Alberto David Araújo, a jurisdição é exercida diante de casos concretos, com o objetivo de aplicar a lei a um caso controvertido, mediante um processo regular, cuja decisão final produz a coisa julgada, operando-se desse modo, a substituição da vontade das partes por aquela constante da sentença (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2013, p. 467).

André Luiz Freire, ao seu turno, identifica que a definitividade é o critério que define as decisões frutos da função jurisdicional. Para esse autor, as decisões que materialmente se assemelham às decisões judiciais (por exemplo: decisão em processo de impeachment, decisão de Tribunais de Contas) não constituem exercício de função jurisdicional porque não tem definitividade e em razão da exclusividade do Poder Judiciário nessa função (FREIRE, 2008, p. 31).

No contexto da separação dos poderes prevista na Constituição, a última palavra sobre controvérsias entre os poderes da República cabe ao poder judiciário, que deverá analisar tal questão com base no direito globalmente considerado (Constituição, princípios, legislação, etc.).

Ainda, ao Judiciário incumbe a tarefa de resolver as controvérsias entre os administrados e a Administração Pública (seja ela federal, estadual ou municipal) e de decidir sobre a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Nesse sentido, é essencial ao princípio republicano e ao devido processo legal que o poder judiciário exerça sua função com *imparcialidade*. Ao comentar a imparcialidade necessária do magistrado, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco esclarecem que o caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição, sendo um pressuposto para que a relação processual se instaure validamente (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 61).

Tanto é necessária a imparcialidade do Poder Judiciário, que a própria Constituição prevê mecanismos para garantir essa independência. A Constituição prevê, no art. 95, que os juízes gozam de garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio justamente para evitar que essa classe fique à mercê de influências políticas de outros poderes. De igual modo, as vedações do parágrafo único do

mesmo artigo tem como finalidade evitar que o magistrado tenha sua parcialidade comprometida.¹

Em mesmo sentido, Michel Temer explica que as vedações e prerrogativas dos membros do judiciário tem o objetivo de dirigir o trabalho do juiz à instituição e de impedir que o magistrado se comprometa emocionalmente de maneira a afastar a imparcialidade (TEMER, 2006, p. 121).

Portanto, a função jurisdicional, exercida com exclusividade pelo poder judiciário, é de extrema importância no contexto da Constituição de 1988. É assim pois toda e qualquer lesão ou ameaça à direito poderá ser apreciada pelo poder judiciário, servindo, inclusive, como uma forma de frear a atuação dos outros poderes. Com razão, a imparcialidade do poder judiciário é pressuposto necessário para evitar que o exercício da função jurisdicional se contamine com influências externas.

No próximo item passaremos a estudar a forma como a Constituição trata da composição do pretório excelso e se, sob a ótica da atualidade, a forma como essa composição é feita demanda alguma alteração que vise melhorar a independência dos poderes.

4. A Discricionariedade do Presidente e os critérios constitucionais para a composição do Supremo Tribunal Federal

A Constituição trata do poder judiciário no Título IV – Da Organização dos Poderes, no capítulo III. O art. 92, inc. I, dispõe que o Supremo Tribunal Federal é órgão integrante do poder judiciário.

O art. 102 da Constituição dispõe sobre as competências desse importante tribunal. Dentre as mais importantes, podemos citar as competências de: julgar as ações diretas de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; julgar originariamente o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República pela prática de crimes comuns; as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o

¹“Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”.

Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; os recursos extraordinários quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional; entre outros.

Não há necessidade de citar cada uma das competências do Supremo Tribunal Federal para ter uma noção da importância desse tribunal. Em suma, além das questões sensíveis ao princípio republicano e aos *checks and balances*, cabe ao Supremo decidir em última instância as controvérsias judiciais do país. Não é exagero afirmar que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição.

Ao tratar da composição desse importante órgão jurisdicional, a Constituição Federal dispõe em seu art. 101 que o Tribunal será composto por 11 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. De acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, cabe ao Presidente nomear os ministros depois do nome ser aprovado por maioria absoluta do Senado Federal.

Pelo texto constitucional, identificamos que a Constituição impõe formalmente critérios para a nomeação de ministro do Supremo Tribunal Federal. Dentre esses critérios são de ordem *objetiva e subjetiva*.

Os critérios objetivos são: ser cidadão brasileiro e ter pelo menos 35 anos e menos de 65 anos. São objetivos porque a verificação destes independe do juízo de valor, tratando-se de questões praticamente bivalentes, ou o sujeito é cidadão brasileiro ou não é, ou possui 35 anos ou não.

Já os critérios subjetivos são: reputação ilibada e notável saber jurídico. São critérios subjetivos porque a Constituição não objetivou o cumprimento desses requisitos. Dessa forma, há uma margem razoavelmente larga para a aferição desses requisitos. Por reputação ilibada, alguns poderiam argumentar que o sujeito não deve ter inquéritos policiais abertos contra sua pessoa, enquanto outros poderiam argumentar que a reputação só estaria maculada após o trânsito em julgado de um determinado número de ações penais. Por notável saber jurídico, alguns poderiam argumentar que um número mínimo de pós-graduações poderia comprovar esse requisito, enquanto outros poderiam argumentar que o número de artigos e livros publicados na área seriam mais importantes. De todo modo, são questões que não são objetivamente verificáveis de antemão.

Por essa razão, a Constituição conferiu ao Presidente a prerrogativa de nomear os ministros do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, é possível afirmar que há uma *competência discricionária* do chefe do executivo na seleção dos ministros que deverão compor essa corte. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello “discricionariedade” é:

“a margem de liberdade outorgada pela lei ao administrador para que este exercite o dever de integrar, in concreto, o conteúdo rare-

feito mediante um critério subjetivo próprio, com vistas a satisfazer a finalidade insculpida no preceito normativo” (MELLO, 2010, p. 38).

Ainda que se argumente que o presidente da República exerce função essencialmente política, a teoria da discricionariedade se aplica ao chefe do executivo justamente porque no Estado de Direito não há qualquer exercício de função ou poder sem a devida observância das leis e do ordenamento jurídico. Há muito está ultrapassada a ideia de que há setores onde não há aplicabilidade do Direito. André Freire, ao comentar sobre os atos políticos, o difere dos atos administrativos por ter seu fundamento diretamente na Constituição Federal e por serem produzidos sob a competência discricionária:

“Os atos [políticos] de que se cogita aqui têm uma característica comum: são fundados diretamente na Constituição. Entretanto, ao contrário do que ocorre em relação à função administrativa – que admite a existência de atos vinculados diretamente à Constituição -, os agentes que levam a cabo a função política praticam atos no exercício de uma competência discricionária” (FREIRE, 2008, p. 48).

Inclusive, em linha com o exposto acima, não é um exagero afirmar que mesmo o exercício de uma função eminentemente política está submetida aos ditames do princípio da legalidade. Nesse caso, a legalidade não é interpretada como mera obediência à lei, mas sim ao ordenamento jurídico. É nesse sentido que Lúcia Valle Figueiredo esclarece que o princípio da legalidade deve ser compreendido como a sujeição do administrador à lei, ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais (FIGUEIREDO, 2006, p. 42).

Importante mencionar que alguns autores vão ainda além. Para Ricardo Marcondes Martins, por exemplo, os chamados atos políticos ou de governo não existem no direito brasileiro, visto que não há atos imunes ao controle jurisdicional, de modo que a chamada atuação política trata-se, na verdade, de exercício de competência discricionária (MARTINS, 2018, p. 27). No entanto, apesar de entendermos que realmente não há ato estatal imune ao controle jurisdicional, a conceituação de “ato político” ou de exercício de função política sob o controle jurisdicional pode ser definida pelo exercício sob competência discricionária com fundamento direto na Constituição.

Portanto, é seguro afirmar que o presidente não escolhe os ministros com ampla liberdade, pelo contrário, os critérios constitucionais postos limitam essa escolha. Há, evidentemente, uma competência discricionária do chefe do executivo, que deverá ponderar se determinadas características de um sujeito cumprem com os requisitos postos pela Constituição. O controle dessa escolha discricionária fica à cargo do Senado Federal, que aprovará ou não a escolha do presidente, conforme preceitua o art. 101, parágrafo único, da Constituição Federal.

Não há como considerar os critérios objetivos e subjetivos insuficientes para a nomeação de Ministro. Os critérios objetivos são exigências razoáveis que foram impostas pelo constituinte originário. Os critérios subjetivos são suficientes na medida em que “*reputação ilibada*” e “*notório saber jurídico*” são qualidades relativas. Notório saber jurídico é algo difícil de verificar de antemão, podendo um sujeito ter somente concluído a graduação em direito e adquirir grande conhecimento em razão da prática forense, ou o sujeito ser um grande acadêmico do direito, possuindo inúmeros títulos e qualificações. Diante dessa dificuldade, o constituinte originário colocou essa competência a cargo do presidente sob controle do Senado. Reputação ilibada também é uma qualidade que aceita julgamentos diversos, pois há diversas situações que poderiam ser maculadoras de reputação. Enquanto alguns poderiam argumentar que a filiação partidária resultaria numa presunção de parcialidade por parte do sujeito nomeado, outros poderiam argumentar que é normal e esperado que pessoas demonstrem suas opiniões e se filiem a determinados partidos em uma sociedade democrática. Em suma, esses dois requisitos subjetivos são insuscetíveis de verificação prévia em norma geral e abstrata constitucional.

No entanto, se formalmente os requisitos postos pela Constituição são razoáveis, o processo de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal não tem se efetivado de maneira a respeitar o princípio da separação dos poderes. No próximo subitem, explicamos.

4.1. *O presidencialismo de coalização e a indicação de ministros*

Conforme já mencionamos, cabe ao presidente indicar o nome do sujeito, demandando a aprovação pelo Senado Federal pelo voto de maioria absoluta de seus membros. No entanto, na realidade brasileira, esse controle pelo Senado está materialmente prejudicado por implicações próprias do sistema político brasileiro.

No sistema político brasileiro vigora o chamado “presidencialismo de coalizão”. Esse termo foi cunhado pelo cientista político Sérgio Abranches, e significa a formação de acordos do presidente com forças políticas para a busca de um fim específico. No Brasil, esses acordos são feitos por meio da entrega de cargos do executivo a lideranças partidárias, e a finalidade é o apoio político e a formação de maioria parlamentar (ABRANCHES, 1988, p. 5).

Na prática, todo presidente distribui cargos em seu governo em troca de apoio parlamentar. Difícilmente um presidente governa sem apoio parlamentar no Brasil. Desse modo, considerando que o presidente sempre deve ter a maioria necessária para aprovar projetos de lei, ele também tem para a aprovação de qualquer nome que ele indique ao posto de ministro do Supremo Tribunal Federal.

A prova dessa afirmação é que, desde a redemocratização do Brasil em 1988, nenhum nome indicado para ministro do Supremo Tribunal Federal foi rejeitado pelo

Senado Federal. Se, sob o ponto de vista formal não há qualquer problema diante desse fato, do ponto de vista material não podemos dizer o mesmo.

É comum a nomeação de Advogados Gerais da União e apoiadores políticos ao posto de ministro do Supremo pelo presidente. Ainda que esse fato não comprove uma cabal forma de influência do presidente no Tribunal, demonstra uma suspeição material de parcialidade.

Ressaltamos, no entanto, que não identificamos na composição da atual corte qualquer transgressão à exigência de notório saber jurídico, visto que todos os ministros são juristas de grande porte. Conforme afirmamos anteriormente, notório saber jurídico é uma questão passível de relativização.

Na atual composição da Suprema Corte, todos os ministros foram aceitos com votação muito superior ao mínimo de 41 votos, conforme notamos na tabela abaixo:

Nome do Ministro	Presidente responsável pela indicação	Votos pró/contra
José Celso de Mello Filho	José Sarney	47-3
Marco Aurélio Mendes de Faria Mello	Fernando Collor de Mello	50-3
Gilmar Ferreira Mendes	Fernando Henrique Cardoso	57-15
Enrique Ricardo Lewandowski	Luiz Inácio Lula da Silva	63-4
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Luiz Inácio Lula da Silva	55-1
José Antonio Dias Toffoli	Luiz Inácio Lula da Silva	58-9
Luiz Fux	Dilma Rousseff	68-2
Rosa Maria Pires Weber	Dilma Rousseff	57-14
Luís Roberto Barroso	Dilma Rousseff	59-6
Luiz Edson Fachin	Dilma Rousseff	52-27
Alexandre de Moraes	Michel Temer	55-13

No histórico de ministros com filiação partidária, desde 1988 podemos identificar os seguintes ministros: Paulo Brossard (Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB), Maurício Corrêa (Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB), Nelson Jobim (PMDB), Ayres Britto (Partido dos Trabalhadores – PT), Dias Toffoli (PT) e Alexandre de Moraes (PSDB) (In <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1856749-como-moraes-outros-indicados-ao-stf-foram-filiados-a-partidos.shtml>, acesso em 21/02/2019.).

Somente na atual composição do Supremo, podemos identificar os seguintes laços políticos prévios à nomeação dos seguintes ministros: Gilmar Ferreira Mendes, que foi Advogado-Geral da União do governo de Fernando Henrique Cardoso, que inclusive o nomeou; José Antonio Dias Toffoli, que foi Advogado-Geral da União du-

rante o governo de Luis Inácio Lula da Silva; e Alexandre de Moraes, que foi Ministro da Justiça durante o governo de Michel Temer, que também o nomeou.

Se considerarmos toda a história do Supremo Tribunal Federal, a situação também não é diferente. Desde 1890, quando o tribunal passou a ser nomeado como Supremo Tribunal Federal, somente 5 nomes foram rejeitados para os cargos de ministro. Os rejeitados, objeto do artigo “*A história dos rejeitados*” de Felipe Recondo, foram: Barata Ribeiro, um médico; Innocencio Galvão de Queiroz, general do exército; Antônio Caetano Seve Navarro, subprocurador da República; Francisco Raymundo Ewerton Quadros, general do exército; e Demosthenes da Silveira Lobo, diretor-geral dos Correios (In <https://www.jota.info/justica/a-historia-dos-rejeitados-19052015>, acesso em 21/02/2019).

5. Proposta de otimização

Uma vez diagnosticado o problema, passamos a tratar da proposta que poderia solucioná-lo.

Bruce Ackerman aborda em sua obra “A nova separação dos poderes” os modelos de composição da corte suprema. De acordo com esse autor, a força de uma corte suprema está intimamente ligada com a maneira que a corte é composta (ACKERMAN, 2009, p. 42).

Para ilustrar isso, o autor cita como exemplos as Cortes Supremas da Alemanha e do Japão (ACKERMAN, 2009, pp. 42-43).

Na Alemanha há uma necessidade de aprovação por pelo menos 2/3 da legislatura. Isso evita que o governo mandante encha a corte com nomes leais ao partido e que irão manter todas as iniciativas do Chanceler. Há, de fato, uma garantia de veto aos partidos minoritários. Ainda, os ministros alemães possuem um mandato de 12 anos, o que constitui um incentivo institucional que converge para a seleção de ministros com reputação pela imparcialidade e moderação relativa. O autor cita, por fim, que a corte constitucional alemã contribui de maneira significativa para a evolução da democracia alemã nos últimos 50 anos.

Por outro lado, no Japão não há necessidade de aprovação por maioria qualificada ou de 2/3, há somente a necessidade de obter a aprovação por maioria simples. Ainda, os ministros devem se aposentar na idade de 75 anos, não havendo mandato. Essas características garantiram que o governo, capitaneado pelo Partido Liberal Democrático, compusessem uma Corte relativamente passiva.

No Brasil não há um Supremo Tribunal Federal passivo, é fato. No entanto, a exigência de maioria absoluta tem garantido que todos os nomes indicados pelo presidente sejam aceitos pelo Senado sem grandes questionamentos, conforme demonstramos acima.

Considerando a experiência alemã apontada por Ackerman, duas características são de extrema valia para a engenharia constitucional brasileira.

A primeira diz respeito à necessidade de quórum de 2/3 para a aprovação de nomes. Caso uma reforma constitucional alterasse o quórum de maioria absoluta para maioria qualificada ou voto de 2/3 do Senado, haveria uma otimização ao princípio democrático e à forma como o Supremo Tribunal Federal é composto. Isso porque a própria independência dos poderes seria fortalecida, visto que a suspeição material de parcialidade seria mitigada. Com uma maior participação do legislativo na escolha do Ministro, haveria uma conseqüentemente preocupação do presidente em não nomear sujeitos com laços políticos com membros do executivo e legislativo. No mais, diante da necessidade de obter uma aprovação por 2/3 do Senado, a seleção de nomes para indicação teria que ser mais criteriosa, garantindo uma maior participação da oposição. Ressalta-se que, atualmente, a oposição não possui força suficiente para barrar um nome ao posto de ministro do Supremo Tribunal Federal.

A segunda diz respeito ao mandato dos juízes da Corte Constitucional Alemã, que é de 12 anos sem possibilidade de recondução ao cargo. Inclusive, cabe citar que a limitação temporal ao mandato dos magistrados da corte suprema não é exclusividade da Alemanha. Outros países adotam a limitação temporal no mandato dos magistrados, como exemplo podemos citar:

- Tribunal Constitucional Espanha, que possui mandato de 9 anos (art. 159 da Constituição Espanhola);
- Conselho Constitucional da França, com mandato de 9 anos (art. 56 da Constituição Francesa);
- Tribunal Constitucional da Itália, com mandato de 9 anos (art. 135 da Constituição Italiana);
- Tribunal Constitucional de Portugal, com mandato de 9 anos (art. 222º da Constituição Portuguesa).

Essa previsão de mandatos para os magistrados permite que sempre haja renovação na composição do tribunal, evitando que o pensamento da corte fique em descompasso com o cenário social e político de um país. No Brasil, a introdução de mandato para os ministros do Supremo Tribunal Federal seria benéfica na medida em que haveria uma maior oxigenação na corte, evitando que um governo indique e mantenha grande parte dos ministros sob sua esfera de influência.

Ressalta-se que a classe de magistrados é favorável à inclusão de mandato para os ministros do STF. É o que indica a recente pesquisa "*Quem somo: a magistratura que queremos*", feita pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB, 2018). Para os juízes ativos de primeiro grau, considerando a justiça estadual, federal, traba-

lhista e militar, de um total de 2763 magistrados, 1546 (ou 56% do total) são a favor. Para os juízes ativos de segundo grau, a proporção é semelhante, de um total de 347, 204 (ou 58,8% do total) são a favor. Para juízes e desembargadores inativos, de um total de 399, 219 (ou 54,9% do total) são a favor. A aceitação também ganha vantagem entre os ministros dos tribunais superiores, visto que de um total de 20 membros, 13 (65% do total) são a favor. Abaixo, elaboramos tabela contabilizando a opinião de todos os magistrados (primeiro e segundo grau, tribunais superiores e ativos e inativos) sobre o tema:

Mandato para ministros do STF	Número de magistrados	Percentual (%)
Favorável	1982	56,16
Desfavorável	1547	43,84
Total	3529	100

Ou seja, apesar de não haver um consenso, a maioria dos magistrados entrevistados demonstra ser favorável, o que é indício de que essa mudança poderia ser introduzida para melhorar o sistema de freios e contrapesos.

6. Conclusão

O princípio da separação dos poderes é fruto de um esforço intelectual de inúmeros estudiosos que, ao longo do tempo, meditaram sobre a divisão das funções estatais e como isso poderia ser benéfico. A tese que foi amplamente aceita sobre a divisão das funções estatais foi formulada pelo Barão de Montesquieu, que indicou que a tripartição de poderes em executivo, legislativo e judiciário seria a melhor forma para evitar o abuso do poder por parte do governante.

A Constituição brasileira de 1988 se inspirou em Montesquieu ao dividir as funções estatais em três. Nomeando essas funções de “poderes”, a Constituição dividiu, de forma harmônica e independente, os poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário.

O critério para identificação das funções exercidas por cada poder, sob a ótica da Constituição de 1988, é o critério formal. Isto é, cada função vai ser definida dessa maneira conforme o regramento jurídico posto pela própria Constituição. Dessa maneira, as teorias subjetivas e materiais sobre a separação de poderes foi rejeitada pelo texto constitucional.

No Brasil, o Poder Judiciário possui exclusividade no exercício da função jurisdicional, devendo agir com independência e imparcialidade no desempenho dessa função. O sistema de *checks and balances* posto pela Constituição garante a independência formal.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo da jurisdição no Brasil, atuando diretamente no controle de constitucionalidade de atos normativos federais. Atua

como um protagonista de suma importância no equilíbrio dos poderes, julgando controvérsias sobre questões gerais, abstratas e também concretas, principalmente quando há conflitos entre órgãos do governo e lides envolvendo cidadão e o governo.

A composição do Supremo Tribunal Federal é feita por meio de 11 ministros indicados pelo presidente da República e aprovado pelo Senado Federal em maioria qualificada. A indicação desses nomes constitui o exercício de uma competência discricionária pelo Presidente da República. Isto é, ainda que seja um ato eminentemente político, os limites postos pelo Direito devem ser observados. Para tanto, a própria Constituição, de antemão, já define os critérios objetivos e subjetivos que os nomes indicados devem observar.

Os requisitos objetivos são: ser cidadão brasileiro e ter o mínimo de 35 anos e máximo de 65 anos. Os requisitos subjetivos são reputação ilibada e notório saber jurídico. Os critérios subjetivos postos pela Constituição não são insuficientes e estão sujeitos à relativização conforme a análise de cada pessoa. Até por essa razão que o ordenamento jurídico imputa ao presidente a escolha do nome a ser nomeado. Ao Senado cabe o controle sobre os critérios subjetivos do nome indicado pelo Presidente, pois é o Senado que irá aprovar a indicação.

O presidencialismo de coalizão, vigente no Brasil, permite que o presidente da República ofereça cargos políticos em troca de apoio parlamentar, o que na prática, permita que ele sempre atue com o Congresso a seu favor. Por essa razão, nenhum nome indicado pelo Presidente é recusado, o que prejudica o controle parlamentar na nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Diante da facilidade de nomeação, é prática comum no Brasil os presidentes indicarem ao Supremo Tribunal Federal nomes de juristas com laços políticos e partidários. Isso, por si só, não constitui nenhuma irregularidade formal, no entanto, há uma suspeição material de parcialidade, visto que o ministro nomeado ainda teria relação com o executivo.

Como uma forma de aumentar a participação e o controle parlamentar na seleção do Ministro, propomos a alteração da Constituição Federal para que passasse a prever a aprovação do Senado por 2/3 dos membros da casa. Com esse requisito, as escolhas dos nomes para compor o Supremo Tribunal Federal seriam mais criteriosa e garantiriam maior independência material do Tribunal.

Ainda, considerando a experiência alemã e de outros países europeus, a introdução de mandato para os ministros do STF permitiria que esta corte sempre estivesse oxigenada, evitando uma mesma composição por um longo período de tempo e permitindo que o número de ministros indicados por um Presidente durante seu mandato seja mais ou menos o mesmo.

7. Referências Bibliográficas

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, in Dados. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. Vol. 31, n. 1, 1988.
- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em 26/02/2019.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1997.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 25-50, 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Contribuição ao Revigoramento da Teoria do Ato Administrativo, in MARTINS. (coord.) SERRANO (org.). *Estudos contemporâneos sobre a teoria dos atos administrativos*. Curitiba: CRV, 2018.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RECONDO, Felipe. *A história dos rejeitados: quem foram e por que foram recusados pelo Senado os cinco nomes indicados para o STF?* Disponível em: <https://www.jota.info/justica/a-historia-dos-rejeitados-19052015>. Acesso em: 23/07/2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.