

**Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP
Curso de Pós- Graduação Lato Sensu em Direito
Constitucional**

SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA

**O PROCEDIMENTO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DO STF:
INGERÊNCIA DO EXECUTIVO NO LEGISLATIVO?
UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE
PODERES**

Brasília – DF

2012

SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA

**O PROCEDIMENTO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DO STF:
INGERÊNCIA DO EXECUTIVO NO LEGISLATIVO?
UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE
PODERES**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Orientador: MsC Alexandre Kruehl Jobim

Brasília – DF

2012

SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA

O PROCEDIMENTO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DO STF:
INGERÊNCIA DO EXECUTIVO NO LEGISLATIVO? UMA ANÁLISE À LUZ
DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Constitucional, no Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito
Público-IDP.

Orientador: MsC Alexandre Kruehl Jobim

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

Especialmente à minha família, corajosa, lutadora, amável, amiga, maravilhosa e a responsável por mais uma vitória de minha vida, sempre me dando muita força e amor.

AGRADECIMENTO

A Deus pela oportunidade;

A toda a minha família que são os pilares da minha formação;

Ao professor orientador Alexandre Kruel Jobim, pelos ensinamentos em sala de aula e pela inestimável orientação, sem os quais não seria possível a conclusão deste trabalho;

Á minha adorável esposa Alessandra, pela compreensão nas minhas ausências.

EPÍGRAFE

Despertar é preciso

Na primeira noite eles aproximam-se e colhem uma flor do nosso jardim e não dizemos nada. Na segunda noite, já não se escondem; pisam as flores, matam o nosso cão, e não dizemos nada. Até que um dia o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a lua e, conhecendo o nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E porque não dissemos nada, já não podemos dizer nada.

Vladimir Maiakóvski

RESUMO

O presente trabalho, situado na área dos Princípios Constitucionais Fundamentais, tem o propósito de averiguar em que medida a indicação e nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente da República, violam o princípio da separação dos poderes. Tem por objetivo realizar uma revisão bibliográfica dos principais autores que abordam os conceitos do tema, na doutrina em geral e, particularmente, no Direito Constitucional moderno. Nesse sentido, o tipo de pesquisa adotada foi a dogmática, fazendo uso da legislação constitucional pertinente. A técnica de pesquisa utilizada foi o levantamento de dados e a revisão bibliográfica, e o método de procedimento é o monográfico, sendo o trabalho dividido em dois capítulos: i) o princípio da separação dos poderes como contenção do poder pelo poder e, ii) o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro. A partir do trabalho realizado, foi possível concluir que a resposta ao problema posto é negativa, isto é, não há violação ao princípio da separação de poderes em virtude da indicação e nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República.

Palavras-chave:

Separação de Poderes. Sistema Presidencialista. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This work, situated in the area of Fundamental Constitutional Principles, is intended to ascertain the extent to which the nomination and appointment of Minister of the Supreme Court, by the President violate the principle of separation of powers. Aims to carry out a review of the main authors discuss the concepts of the subject and doctrine in general and particularly in modern constitutional law. In this sense, the type of research used was dogmatic, making use of the relevant constitutional law. The technique used was the survey data and literature review, and the method of procedure is the monograph and the work is divided into two sections: i) the principle of separation of powers as retention of raw power, and ii) the Supreme Court as an organ of the dome of the Brazilian judiciary. From the work done, it was concluded that the answer to this question is negative, there is no violation of the principle of separation of powers by virtue of the nomination and appointment of Minister of the Supreme Court by the President.

Key words:

Separation of powers. A Presidential System. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO MECANISMO DE CONTENÇÃO DO PODER PELO PODER	12
1.1 O Princípio da Separação dos Poderes	12
1.2 Origens do princípio da separação dos poderes	13
1.3 A separação de poderes em Montesquieu	14
1.4 A separação funcional e orgânica dos poderes na ordem constitucional brasileira	17
1.5 O princípio da separação dos poderes nas constituições brasileiras	19
1.6 O sistema presidencialista brasileiro	24
1.7 Críticas ao presidencialismo	26
1.8 O poder presidencial no Brasil	28
2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	31
2.1 O Poder Judiciário Brasileiro	31
2.2 Garantias no Poder Judiciário.....	32
2.2.1 Garantias constitucionais institucionais.....	33
2.2.2 Garantias constitucionais funcionais	35
2.3 O Supremo Tribunal Federal	37
2.3.1 Composição e modo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal	38
2.3.2 O papel do Senado Federal na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal	40
2.3.3 Críticas ao método de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal	43
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no atual sistema constitucional, são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

O procedimento de escolha dos membros da mais alta Corte de Justiça do Brasil é posto em questionamento, sempre que se abre vaga, em razão do excesso de discricionariedade do Presidente da República na indicação e no papel de subserviência do Senado Federal no momento da aprovação do nome indicado.

Com o tema proposto, pretende-se investigar em que medida a indicação de Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República viola o princípio da tripartição dos poderes previsto na vigente Constituição da República e suas implicações no regime presidencialista brasileiro.

A escolha do tema objeto deste trabalho deu-se em função de duas razões: a aposentadoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, ocorrida em 30/07//2010, e a controvérsia constitucional acerca da Lei Complementar 135, de 04 de junho de 2010 (Lei da ficha limpa).

Em julgamento histórico, ocorrido em 23 de março de 2011, por maioria apertada, o Supremo Tribunal Federal, em voto de desempate, precisamente pelo Ministro indicado pelo Presidente da República, na vaga do Ministro Eros Grau, decidiu que referida Lei só poderia ser aplicada a partir de junho de 2012.

Ocorre que no julgamento do RE 631102- PA (julgado em 27/10/2010), composta a corte com dez Ministros, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ante o empate na votação, em razão de a Suprema Corte estar com seu quórum incompleto devido à aposentadoria do Min. Eros Grau, manteve acórdão do Tribunal Superior Eleitoral - TSE que, ao enfatizar a aplicabilidade imediata das alterações introduzidas pela LC 135/2010, concluíra pela inelegibilidade de candidato a cargo de Senador da República.

Dessa forma, ante o empate na votação, foi no voto de desempate, proferido pelo Ministro Luiz Fux, que a controvérsia constitucional, pelo menos no tocante à questão relativa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral prevista no art. 16 da Constituição Federal, foi resolvida.

Em se tratando da importância social, há muito tempo se discute na doutrina pátria sobre o modelo adotado pelo Brasil concernente à escolha e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, onde é recorrente a afirmativa que tal modelo ensejaria uma ingerência do Poder Executivo sobre o Poder Judiciário.

O tema justifica-se, academicamente, pois, o princípio da separação dos poderes é tema referido em toda disciplina jurídica de Direito Público e, ademais, tem sido questionado, recorrentemente, a relação estabelecida entre os três poderes da República nos mais diversos temas, proporcionando uma revisitação aos estudos do princípio da tripartição dos poderes e também servindo como fonte de pesquisa aos estudantes da referida disciplina.

A indagação que se propõe neste trabalho é a seguinte: em que medida a indicação e nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República viola o princípio da separação dos poderes?

A resposta a essa indagação sobressai relevante ante o acúmulo de poderes assumidos pelo Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição Federal de 1988 e o receio de indevida ingerência do Executivo no Poder Judiciário enfraquecendo, assim, a independência e harmonia entre os poderes constituídos.

O presente trabalho monográfico tem por objetivo realizar uma revisão bibliográfica dos principais autores que abordam os conceitos do tema, cuja relevância reputa ser inegável para o Direito Constitucional.

Para isso, torna-se fundamental percorrer os seguintes temas específicos: analisar o princípio da separação dos poderes como mecanismo de contenção do poder pelo poder; investigar o sistema presidencialista brasileiro e sua relação com a questão a ser solucionada nesta monografia; analisar a independência do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Como tipo de pesquisa, o trabalho segue a linha dogmática, a partir de revisão bibliográfica das obras mais relevantes pertinentes ao tema escolhido à luz dos princípios constitucionais pertinentes.

No capítulo I, efetuou-se uma visão geral acerca do Princípio da Separação dos Poderes como mecanismo de contenção do poder pelo poder, analisou-se o sistema presidencialista brasileiro e sua imbricação com o princípio da separação dos poderes a fim de começar a esboçar uma possível resposta ao problema deste trabalho monográfico: em que medida a indicação e nomeação de Ministro do

Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República viola o princípio da separação dos poderes?

No capítulo II, procedeu-se a uma análise da independência do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, analisou-se o papel do Senado Federal na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e fez-se um contraponto com os temas antes tratados, a fim de se chegar a uma conclusão sobre a problemática posta.

A partir do trabalho realizado, foi possível concluir, que a indicação e nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, não viola o princípio da separação de poderes, não obstante a necessidade de aprimoramento do atual sistema a fim de que a aprovação pelo Senado Federal deixe de ser mera formalidade.

1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO MECANISMO DE CONTENÇÃO DO PODER PELO PODER

1.10 Princípio da Separação dos Poderes

Hodiernamente vive-se o Estado Democrático de Direito. Contudo, nem sempre foi assim, eis que:

No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses- múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblia, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas ¹.

O Poder sempre esteve umbilicalmente ligado ao Estado, que nasce absolutista, passa a liberal, social e, finalmente alça o posto de Estado Democrático de Direito.

Há muito já se disse: "O poder corrompe. O poder absoluto corrompe absolutamente." ²

Assim, o princípio da separação dos poderes foi idealizado como limitação do próprio poder ao longo da passagem do Estado absolutista para o Estado Democrático de Direito.

Conquanto se saiba que a expressão separação de poderes é tecnicamente imprópria, dado que o poder é soberano, uno e indivisível; e que a separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, vai-se, neste trabalho, por ser didaticamente mais proveitoso, utilizar a clássica denominação separação dos poderes.

Nesta linha, conforme leciona Ferreira Filho,

¹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009 p.3.

² CONSTANTINO, Rodrigo. O Poder Corrompe. Disponível em: www.notiun.com/2007/09/o-poder-corrompe.html acessado em 14 fev. 2011.

Não há Estado sem poder. O poder é o elemento constitutivo do Estado. O poder dentro de um Estado pode estar concentrado nas mãos de uma só pessoa – como inicialmente surgiu - ou repartido. O fim precípua da limitação do poder é evitar que as decisões políticas de um Estado sejam tomadas de acordo com os caprichos e desejos de seu líder.³

Se, nos seus primórdios, o princípio da separação dos poderes foi elaborado para preservar os direitos individuais, atualmente, além daquele desiderato, “é exigência para a preservação da democracia e manutenção da própria liberdade individual”.⁴

Portanto, fácil perceber que referido princípio foi idealizado para, em última análise, preservar a liberdade do indivíduo, como se pode inferir do escólio de Bittar quando aduz que “a teoria da separação dos poderes, Montesquieu a retira de fontes inglesas, pois, em viagem à Inglaterra, em 1729, verificou de perto a possibilidade de este se tornar um princípio universal na construção da liberdade”.⁵

1.2 Origens do princípio da separação dos poderes

Como se viu alhures, o poder sempre esteve umbilicalmente ligado ao Estado, que nasce absolutista, passa a liberal, social e, finalmente alça o posto de Estado Democrático de Direito.

A premissa básica da qual se partiu para a formulação da teoria da separação dos poderes foi a de que o poder corrompe, dado a própria natureza humana: “depois de referir a liberdade política aos governos moderados, afirma Montesquieu que uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo”.⁶

É perfeitamente possível afirma-se que a evolução histórica da separação dos poderes é a própria evolução histórica da limitação do poder político.

Neste sentido, não é fácil (senão impossível) determinar a precisa autoria do princípio da separação dos poderes, como se pode perceber da passagem abaixo:

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131-132.

⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.180.

⁵ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.196.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política* 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.148.

A própria autoria da doutrina é controvertida. Há os que consideram, como Marcelo Caetano, ser Locke seu autor original. Outros, atribuindo a Montesquieu a autoria da doutrina, consideram Locke mero precursor. Finalmente, há os que não admitem na obra de Locke nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de equilíbrio, mas apenas uma distinção das funções estaduais.⁷

No mesmo sentido aduz Bittar que:

O princípio da separação de poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, conheceu todavia precursores, já na antiguidade, já na Idade Média e tempos modernos.⁸

Ainda sobre a origem do referido princípio e à guisa de fechamento desse tópico, assente-se o que referido por Madison no artigo 47 de *O Federalista*, quando inicia sua preleção acerca da separação dos poderes como finalidade última da preservação da liberdade: “O oráculo sempre consultado e citado a respeito é o famoso Montesquieu. Se não foi o autor deste inestimável preceito da ciência política, pelo menos tem o mérito de tê-lo divulgado e recomendado, fazendo com que fosse objeto universal da atenção”.⁹

Com efeito, conquanto a teoria da separação dos poderes tenha sido idealizada objetivando conter o poder pelo poder, buscando, em última análise, a liberdade e a paz na sociedade, evitando a o autoritarismo e a arbitrariedade, modernamente se tem a nítida idéia de que a separação dos poderes não pode ter uma linha que marque uma separação absoluta e intransponível.

A par disso, e tendo em conta que Montesquieu foi o grande sistematizador da teoria, tal como é conhecida atualmente, é que se vai dar especial destaque ao pensador francês.

1.3 A separação de poderes em Montesquieu

⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1137.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política* 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.146.

⁹ HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p.394

Charles Louis de Secondat nasceu em 18 de janeiro de 1689, na cidade de Bordeaux (França), e morreu em 10 de fevereiro de 1755, na cidade de Paris (França).¹⁰

Sobre Montesquieu, registra Bittar que

Teve grande parte de sua influência teórica construída e lançada sob o reinado de Louis XV, na França iluminista pré-revolucionária do século XVIII, entre Paris e Bourdeaux. Sua formação é a de um advogado, pois seus estudos foram feitos na Faculdade de Direito de Bourdeaux, mas se aproximou muito da corte, e de grandes destaques da política de seu tempo.¹¹

Como se viu linhas atrás, o princípio da separação dos poderes foi sistematizado, tal como hoje é conhecido, por Montesquieu. Todavia, “o gênio de Montesquieu não formulou sua clássica teorização a partir do nada. Como todos sabem, o pensador teve em Locke, o autor famoso do *Essay on civil government*, um precursor”.¹²

Ainda segundo o mesmo autor,

John Locke enumerava quatro poderes: o Legislativo, o Executivo, o Federativo e o Discricionário, que afinal, resultavam em apenas dois, já que o executivo e o federativo deviam reunir-se em um só, para maior estabilidade da ação governamental, e o discricionário ligar-se intimamente ao executivo.¹³

Montesquieu, com o seu *Espírito das Leis* (1748) foi o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes do Estado como se pode depreender da seguinte passagem:

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

¹⁰ Biografia de Montesquieu. Disponível em www.suapesquisa.com acesso em: 12 fev. 2011.

¹¹ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.191.

¹² CLÉVE, Clémerson Merlin. Obra: Atividade legislativa do poder Executivo. Texto: Revendo o princípio da separação dos poderes. SP: RT, 2000, pags. 21 a 44. Material da 3ª aula da disciplina Poderes do Estado: Poder Legislativo e Poder Executivo, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional Anhanguera-UNIDERP/REDE LFG.

¹³ Id.Ibid.

povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as leis ou as querelas entre os particulares.¹⁴

A idéia de separação de poderes para o autor foi baseada na liberdade política, que consistia na faculdade de fazer aquilo que se quer e não ser compelido a fazer algo que não se quer, dentro dos parâmetros estabelecidos em lei.

Para o pensador francês, nas palavras de Pirraça, o Poder Executivo subdividia-se em: “Poder Executivo de que dependem as coisas de direito civil e Poder Executivo de que dependem as coisas das gentes, ou Poder Executivo de que depende o direito internacional, competindo ambas as funções ao monarca”¹⁵.

A primeira função correspondia à execução propriamente dita dos atos do Poder Legislativo, punindo os crimes e julgando as pendências entre particulares, enquanto a segunda estava relacionada com os atos de relações internacionais atinentes ao Chefe de Estado, como, por exemplo, receber diplomatas, declarar a guerra, celebrar a paz, impedir invasões, instaurar a segurança entre tantas outras coisas.

Consoante o escólio de Pirraça

Poder Legislativo, formado por duas câmaras, uma composta por representantes do povo e a outra por representantes da nobreza, cabia editar as leis gerais e abstratas. Para que o ato típico do Legislativo tomasse corpo deveria haver consenso entre as duas câmaras, e mais, sintonia também com o Poder Executivo, sob pena de travar o sistema. À medida que o sistema enunciado por Montesquieu não funcionasse por ausência de harmonia entre os poderes, mais liberdade teriam os indivíduos, pois, segundo ele, apenas a lei poderia restringir a liberdade dos homens.¹⁶

Portanto, as duas casas que compunham o Poder Legislativo limitavam-se entre si pela faculdade de vetar, pois uma representava o povo e a outra os nobres; o Poder Executivo limitava ambas pelo poder de veto; e o Legislativo limitava o Executivo pela própria natureza de seu ato característico: a lei.

Segundo entendimento de Luís Carlos Martins Alves Junior:

Em relação ao poder judiciário, Montesquieu o chama de poder nulo. Essa idéia de nulidade do judiciário deve-se ao fato de que a ele não cabe participar da formulação da vontade geral do Estado (legislativo) nem tem o

¹⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Editora UNB, p.187.

¹⁵ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 91.

¹⁶ Idem, p. 111-112.

poder de impedir essa formulação (executivo). Para Montesquieu, ao juiz cabe o direito de solucionar os conflitos pronunciando essa vontade. É a boca da lei.¹⁷

Assim, surgida, originalmente, para impor a liberdade e a segurança individuais,

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.¹⁸

1.4 A separação funcional e orgânica dos poderes na ordem constitucional brasileira

Há, no mundo atual, basicamente, dois modelos do princípio da separação dos poderes: o modelo hierárquico (mais afeito ao sistema parlamentarista) e o modelo de equivalência/balança (mais afeito ao sistema presidencialista).

Na ordem constitucional brasileira, o princípio da separação dos poderes está expresso no art. 2.º da Constituição da República, que dispõe: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹⁹, sendo elevado à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III da Constituição Federal).

“A independência e a harmonia a que alude a Constituição é característica dos novos contornos da teoria da separação dos poderes no presidencialismo, que não possui mais a austeridade enunciada por Montesquieu”.²⁰

Com efeito, cada órgão exerce funções preponderantes (típicas) e secundárias (atípicas) podendo-se afirmar a existência de duas formas de distribuição do poder: distribuição funcional do poder e distribuição organizacional do poder.

¹⁷ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004 p. 50.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009 p.174.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

²⁰ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 109.

Dessa forma, ao Poder Executivo (órgão) cabe não apenas dar execução às leis gerais e abstratas emanadas do Poder Legislativo e colocar termo aos problemas individualizados, mas também elaborar atos normativos primários, por meio das medidas provisórias e leis delegadas, e, secundários, por intermédio do poder regulamentar, bem como resolver conflitos na esfera administrativa, utilizando-se dos processos administrativos (funções executivas).

Ao Poder Legislativo (órgão) compete não apenas a elaboração de leis abstratas e gerais. A Constituição prevê também a atribuição de administrar seu próprio quadro de pessoal e julgar o Presidente da República, Ministros de Estado em crimes conexos com aquele, Ministros do Supremo Tribunal Federal, dentre outras autoridades, por crime de responsabilidade (funções legislativas).

Por fim, o Poder Judiciário (órgão), além de julgar, que é sua função precípua, administra seu quadro de pessoal, gere administrativamente o funcionamento dos tribunais, edita atos normativos a ele concernentes e tem a competência constitucional de deflagrar o processo legislativo em matérias de seu interesse (funções judiciárias).

De tudo o que já foi dito até aqui, percebe-se que a teoria da separação dos poderes idealizada por Montesquieu, foi produto de um “contexto sociopolítico muito peculiar, uma vez que a sociedade se instrumentara para o golpe contra o congelamento das ideologias pela Igreja e para o assalto à estrutura estamental do modelo feudal-medieval”.²¹

Vive-se hoje num Estado Democrático de Direito e muito coisa mudou desde a criação do Estado, que nasce absolutista.

Nos dias atuais, a separação dos poderes caracteriza a idéia de Estado Constitucional de Direito onde não existe país democrático que não tenha adotado a boa e velha fórmula impressa no artigo 16 da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.²²

Gilmar, Inocêncio e Paulo Gustavo, aduzem, sobre o tema que:

Inicialmente formulado em sentido forte- até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas- o princípio da separação dos poderes, nos dias

²¹ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.198.

²² Biblioteca Virtual de Direitos Humanos- USP. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br, acesso em 13 fev. 2011.

atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.²³

1.5 O princípio da separação dos poderes nas constituições brasileiras

Como se pode perceber é nas Constituições escritas que a teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do Estado Constitucional.

André Ramos Tavares, ao comentar sobre o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a vinculação do constitucionalismo ao princípio separação dos poderes ressalta que “desde então, o princípio da separação dos poderes passou a ser adotado pelo Estado Constitucional. Transformou-se esse princípio no cerne da estrutura organizatória do Estado, verdade axiomática, irrefutável”.²⁴

Consoante escólio de Luís Roberto Barroso,

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de *direito*, *rule of law*, *Rechtsstaat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita - a do Reino Unido - e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas.²⁵

Assim, a história do constitucionalismo se confunde com a história da limitação do poder, que por sua vez, acaba por ser garantida nas Constituições escritas.

Acerca da tripartição dos poderes no Brasil, Uadi Lammêgo Bulos esclarece que

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.156.

²⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1255.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009 p.5.

Desde a Carta Imperial de 1824 que o princípio da divisão das funções estatais vem reconhecido entre nós. Nessa época, por influência de Benjamin Constant, adotou-se a quadripartição funcional do poder. Nas constituições seguintes a fórmula consagrada foi a de Montesquieu, com a doutrina tripartite das funções estatais do poder político.²⁶

Paulo Bonavides, em sua obra *Ciência Política*, compartilha do mesmo entendimento quando ensina que

O Brasil, ao decidir-se pela forma republicana de governo aderiu ao princípio da separação dos poderes na melhor tradição francesa- a de Montesquieu- com explicitação formal. O império se abraçara, porém, a uma separação inspirada em Benjamin Constant, onde os poderes são quatro ao invés de três.²⁷

No Brasil, a teoria da separação dos poderes teve previsão pela primeira vez na Constituição Política do Império do Brasil, como se pode perceber da seguinte passagem prevista em seu artigo nono: “A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece”.²⁸

A Constituição Imperial de 1824, no que concerne à teoria da separação dos poderes foi influenciada pelas idéias de Benjamin Constant que ultrapassaram o modelo da tripartição.

Assim é que “o nosso poder moderador nada mais foi que o poder real de Constant”.²⁹

Tanto é assim que dispõe o artigo 10 da Constituição Imperial de 1824: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.³⁰

Consoante Bonavides,

Estava assim lançada a teoria do Poder Moderador, da qual o Brasil serviria de laboratório, sendo o primeiro e talvez o único país no mundo a fazer, como fez na Carta política do Império, aplicação constitucional do novo sistema preconizado por Benjamin Constant.³¹

A Constituição de 1824, em seu artigo 98 conceituava o Poder Moderador:

²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p.89.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política* 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.154.

²⁸ Constituições do Brasil. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 1986, p.18.

²⁹ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo: RT, 1968, p.20.

³⁰ Constituições do Brasil. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 1986, p.18.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*

O Poder Moderador é a chave de toda a urbanização Política, e é delegado 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.³²

Como se pode constatar, na vigência da Carta política de 1824 o Imperador chefiava dois poderes: o Executivo e o Moderador, desequilibrando, assim, relação entre os poderes com nítida preponderância do Poder Moderador sobre os demais.

Em 15 de novembro de 1889, com a proclamação da República e, posteriormente, com promulgação da primeira Constituição republicana o Brasil passou a adotar o princípio da separação dos poderes idealizado por Montesquieu.

A Constituição Republicana de 1891 dispunha em seu artigo 15: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.³³

De acordo com Maurílio Maldonado:

A vigência da primeira Constituição republicana enseja o funcionamento do mecanismo do equilíbrio dos poderes, com a atuação recíproca de cada um sobre os demais, na contenção de excessos, mecanismo que vai atuar, igualmente, no campo peculiar do legislativo, na interação exercida pelas duas casas do Congresso Nacional e, ainda, nos três níveis em que se desdobra a federação- União, Estados-membros e Municípios.³⁴

A Constituição de 1934 segue garantindo a tripartição dos poderes em seu artigo 3º: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”.³⁵

Sobre o tema, esclarece Maldonado que:

Grandes novidades são introduzidas no Poder Legislativo. O Senado Federal é incumbido do papel de ‘coordenação dos poderes’, ao qual cumpria, nos termos do art.88, Capítulo V, da Carta, manter a continuidade administrativa e velar pela Constituição. Note-se que o Senado Federal passa a ser tratado fora do capítulo reservado ao Poder Legislativo (Capítulo II), passando a ser um mero colaborador do Poder Legislativo.³⁶

³² Constituições do Brasil. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 1986, p.25.

³³ Idem, p.66.

³⁴ MALDONADO, Maurílio. *Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos*. Revista Jurídica 9 de julho nº 2, julho/2003, p. 235-256.

³⁵ Constituições do Brasil. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 1986, p.141.

³⁶ MALDONADO, Maurílio. Op.cit.

Sobre o tema ora em estudo, aduz Luís Roberto Barroso que

Na Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, rompida a independência e harmonia entre os poderes pela atribuição de supremacia ao Executivo. Com base no art. 180, o Ditador, por não se haver reunido o Parlamento Nacional, legislou durante todo o período de sua permanência no Poder por via de decreto-lei.³⁷

Com o término da ditadura de Vargas, em 1946, o país promulga sua Constituição reconciliando-se com a democracia.

Com efeito, “é o constituinte de 1946 que inaugura a técnica de redação utilizada nas constituições posteriores para enunciar o princípio, substituindo a idéia de coordenação entre os poderes, presente na Carta de 1934, por harmonia”.³⁸

A Constituição do Brasil de 1967/69 conserva os termos independentes e harmônicos e acrescenta um parágrafo único ao texto de seu artigo 6º:

São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.³⁹

Finalmente, a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, “marcou o ingresso do Brasil no rol dos Países democráticos, após vinte e cinco anos de regime militar e quase doze de abertura lenta, segura e gradual”.⁴⁰

Desde a noção de Montesquieu, afirmada na época em que tudo se fazia para limitar o poder real, o princípio da separação dos poderes tem sofrido sensíveis modificações.

Atualmente, referido princípio, proporciona certa flexibilização das funções estatais, permitindo uma interpenetração de um poder sobre o outro por meio das competências atribuídas a cada um deles pela Constituição Federal.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 p.23.

³⁸ MALDONADO, Maurílio. *Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos*. Revista Jurídica 9 de julho nº 2, julho/2003, p. 235-256.

³⁹ Constituições do Brasil. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 1986, p.353.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 p.40.

Nesse ponto, é importante ressaltar que as funções atípicas devem constar, expressamente, no texto constitucional e devem ser rigorosamente observadas sob pena de violar o princípio da separação dos poderes, como se pode observar da seguinte passagem:

(...) Mas a flexibilização do princípio da separação funcional do poder político, que constitui uma marca característica da Constituição de 1988, também pode ser sentida no tocante ao poder que o Legislativo possui para aprovar nomeações de certos cargos típicos do Executivo (art. 52, III, f).⁴¹

Assim, hodiernamente, o princípio da separação dos poderes se baseia no controle, na independência e na harmonia entre os poderes no intuito de preservar o Estado Democrático de Direito objetivando suprimir, eliminar mesmo a possibilidade de retorno do arbítrio, do despotismo e da ditadura, outrora tão comuns no período do absolutismo.

Nesse diapasão, o princípio da separação dos poderes na Constituição de 1988 é elevado à *clausula pétrea*, isto é, não pode sequer ser objeto de emenda constitucional que tenda a suprimi-lo “insurgindo daí a sua grande importância como guia ou vetor interpretativo para a determinação do sentido, significado e alcance das demais normas constitucionais”.⁴²

Por fim, à guisa de fechamento deste primeiro tópico, onde se procurou caracterizar o princípio da separação dos poderes desde Montesquieu até a realidade constitucional contemporânea, transcreve-se passagem, por oportuna, da obra de Bulos:

Atualmente, o princípio da separação das funções estatais não pode ser visto na sua feição clássica e tradicional. As tarefas desempenhadas pelo Estado contemporâneo exigem o redimensionamento da visão comumente difundida de que as funções exercidas são independentes, equilibradas e harmônicas. Aliás, são inegáveis as profundas e sensíveis modificações operadas no âmbito do direito constitucional neste crepúsculo de século. Não se deve duvidar que as teorias clássicas precisam ser redefinidas, porque não mais se adaptam à realidade contemporânea. Em se tratando da Constituição de 1988, a disciplina tripartite das funções do poder, desempenhadas pelos órgãos do Estado, foi modificada sensivelmente, favorecendo menos a independência, o equilíbrio e a harmonia entre eles (...).⁴³

⁴¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p.90.

⁴² Idem, p.91.

⁴³ Idem, *Ibidem*, p.90.

É precisamente a possibilidade dessa quebra de harmonia entre os poderes, quando da indicação e nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República é que se pretende investigar neste trabalho monográfico.

1.6 O sistema presidencialista brasileiro

Passa-se, agora, ao segundo subtema deste trabalho no qual será tratado acerca do presidencialismo brasileiro tendo em vista que o Presidente da República, exercendo a função de chefe do Poder Executivo, é o responsável pela indicação e nomeação de Membro da mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro.

Como se viu na primeira parte desse trabalho, o princípio da separação dos poderes deve ser entendido como um mecanismo de contenção do poder pelo poder objetivando, em última análise, a liberdade individual e a preservação do Estado Democrático de Direito.

Do mesmo modo, foi dito que há, no mundo atual, basicamente, dois modelos do princípio da separação dos poderes: o modelo hierárquico (mais afeito ao sistema parlamentarista) e o modelo de equivalência/balança (mais afeito ao sistema presidencialista).

Neste contexto, vale ressaltar, por oportuno, que ambos os modelos são baseados na noção de *checks and balance* “que nada mais é que a versão norte-americana de limitação do poder transportada de uma sociedade estamental (inglesa) para uma sociedade plural e nivelada”.⁴⁴

Nesta parte do trabalho, abordar-se-á o presidencialismo brasileiro e sua imbricação com o princípio da separação dos poderes a fim de começar a esboçar uma possível resposta ao problema deste trabalho monográfico: em que medida a indicação e nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República viola o princípio da tripartição dos poderes?

⁴⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*:Coimbra Editora, 1989, p. 81-87.

O questionamento passa a existir no momento em que o presidencialismo, no Brasil, não raro, conduz a uma reprovável e abusiva concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa: o Presidente da República.

Ademais, como se sabe, no Brasil vige o que se costumou denominar de “presidencialismo de coalizão”⁴⁵ que, no limite, pode propiciar um mecanismo de ingerência do Poder Executivo nos demais Poderes, particularmente sobre o Judiciário, tendo em conta que, no caso brasileiro, as decisões do Supremo Tribunal Federal exercem considerável influência nas decisões dos juízes e Tribunais inferiores.

Nessa linha, André Ramos Tavares aduz que

A discussão sobre o Presidencialismo origina-se na compreensão de qual é a forma de governo de determinado Estado. A forma de governo é, por seu turno, o modelo adotado no que se refere a identificar quem e como se governa. Assim, o pano de fundo do estudo do Presidencialismo, como não poderia deixar de ser, é a própria separação dos poderes”.⁴⁶

O sistema presidencial de governo teve início, entre nós, com a Constituição republicana de 1891 e “teve origem nos Estados Unidos sendo fruto do trabalho político e da elaboração jurídica dos constituintes de Filadélfia, que traçaram as linhas mestras do sistema ao lavrarem o texto da Constituição de 1787”.⁴⁷

Tripartidos os órgãos da soberania nacional no Poder Legislativo, no Poder Executivo e no Poder Judiciário, assentou-se, na Constituição de 1891, o princípio de serem harmônicos e independentes entre si.

Consoante os ensinamentos de Waldemar Martins Ferreira,

A independência lhes advinha de vários fatores, a começar pelo de sua constituição, quanto ao poder legislativo e ao poder executivo, um e outro oriundos da soberania nacional, por eles eleitos diretamente o presidente da

⁴⁵ A expressão “presidencialismo de coalizão”, cunhada pelo cientista político Sérgio Henrique Abranches, caracteriza o padrão de governança brasileiro expresso na relação entre os Poderes Executivo e Legislativo. A noção sugere a união de dois elementos - sistema político presidencialista mais a existência de coalizões partidárias. E, como afirma Abranches: Por ser presidencialismo, esse regime de governança reserva à presidência um papel crítico e central, no equilíbrio, gestão e estabilização da coalizão.

⁴⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1255.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política* 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.316.

República, que a este personifica e exerce, e os deputados e senadores, componentes daquele outro poder.⁴⁸

Interessante notar que naquele primeiro momento da República, todo o poder judiciário federal era nomeado pelo chefe do poder executivo, como se depreende da seguinte passagem:

O poder judiciário federal, tendo por órgãos o Supremo Tribunal Federal na capital da República e tantos juizes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso Nacional criasse, se organizava por nomeação do poder executivo, apenas com a variante de que a dos membros do Supremo Tribunal Federal estava sujeita à aprovação do Senado Federal⁴⁹.

Ressalte-se, neste passo, que a nomeação dos ministros da mais alta casa de justiça do Brasil, foi, desde os primórdios, prerrogativa do Presidente da República.

1.7 Críticas ao presidencialismo

É voz uníssona na doutrina pátria concernente ao tema que “consagrou-se na Constituição de 1891 o presidencialismo norte-americano”.⁵⁰

Corroborando a idéia acima sintetizada, Dalmo de Abreu Dallari aduz que

O presidencialismo, exatamente como ocorreu com o parlamentarismo, não foi produto de uma criação teórica, não havendo qualquer obra ou autor que tivesse traçado previamente suas características e preconizado sua implantação. Mas, diferentemente do que ocorreu em relação ao regime parlamentar, o presidencialismo não resultou de um longo e gradual processo de elaboração. Pode-se afirmar com toda a segurança que o presidencialismo foi uma criação americana do século XVIII, tendo resultado da aplicação das idéias democráticas, concentradas na liberdade e na igualdade dos indivíduos e na soberania popular, conjugadas com espírito pragmático dos criadores do Estado norte-americano. A péssima lembrança que tinham da atuação do monarca, enquanto estiveram submetidos à coroa inglesa, mais a influência dos autores que se opunham ao absolutismo, especialmente de Montesquieu, determinou a criação de um sistema que, consagrando a soberania da vontade popular, adotava ao mesmo tempo um mecanismo de governo que impedia a concentração do poder. O sistema presidencial norte-americano aplicou, com máximo rigor

⁴⁸ FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2003 p.88.

⁴⁹ Idem, *Ibidem*, p.88.

⁵⁰ FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2003, p.84.

possível, o princípio dos freios e contrapesos, contido na doutrina da separação dos poderes.⁵¹

Assim, o sistema presidencialista foi uma adaptação da monarquia à forma republicana.

O Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, dormiu império e acordou República presidencialista e, desde então se busca o aperfeiçoamento do sistema de representação tendo em vista a governabilidade.

O presidencialismo no Brasil é e sempre foi caracterizado pela preeminência do Poder Executivo, acentuando cada vez mais o poder pessoal do Presidente.

Ao escrever sobre as vicissitudes do presidencialismo, Dalmo de Abreu Dallari diz que

O principal argumento que se usa contra o presidencialismo é que ele constitui, na realidade, uma ditadura a prazo fixo. Eleito por um tempo certo e sem responsabilidade política efetiva, o Presidente da República pode agir francamente contra a vontade do povo ou do Congresso sem que haja meios normais para afastá-lo da presidência. O impeachment, geralmente previsto nos sistemas presidenciais, é uma figura penal, que só permite o afastamento do presidente se ele cometer um crime. E é perfeitamente possível que o presidente, adotando uma política inadequada, mas sem praticar qualquer ato delituoso, cause graves prejuízos ao Estado, não havendo, nessa hipótese, como retirá-lo da presidência e impedir a manutenção da política errônea. Além disso, como o presidente necessita de base legal para seus atos mais importantes, sobretudo para efetuar despesas, é indispensável que ele mantenha relações com o legislativo. E a prática tem demonstrado, segundo se argumenta, que o executivo, mais forte do que o legislativo, obtém deste o que quiser, agindo como verdadeiro ditador.⁵²

Nessa linha, menciona-se como um dos graves defeitos do presidencialismo a exacerbação personalista da figura do presidente da república.

Não obstante tudo isso, o sistema presidencial, que consiste, em última análise, numa transferência do poder soberano do povo ao governo, mostra-se perfeitamente adequado, compatível e essencial ao o princípio da separação dos poderes.

Em suma, das possíveis vicissitudes que podem permear o sistema presidencialista brasileiro, pelo menos no que se refere a esse trabalho monográfico, no sentido de malferir o princípio da separação dos poderes, é, nas palavras de Rui Barbosa “o poder dos poderes, o grande eleitor, o grande nomeador, o grande

⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.240.

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007,p.246.

contratador, o poder da bolsa, o poder dos negócios, o poder da força”⁵³, em resumo: o super-presidencialismo.

1.8 O poder presidencial no Brasil

Como se viu em linhas passadas, o Presidencialismo brasileiro foi construído tendo como base o modelo norte americano.

Escrevendo sobre a evolução histórica do Presidencialismo no Brasil, Tavares ensina que

Desde o início da República, o Brasil foi presidencialista, com exceção do curto período de tempo, na década de 60, quando se optou pelo sistema parlamentarista por razões políticas, quais sejam, a renúncia de Jânio Quadros e a consequente resistência de alguns setores da elite em admitir João Goulart como legítimo sucessor”.⁵⁴

Na mesma toada, menciona o autor que “com o advento da Constituição de 1988, instaura-se novamente a polêmica acerca do melhor sistema representativo para o Brasil, e, uma vez mais, com o plebiscito realizado no país em 27 de abril de 1993, foi confirmada a preferência pelo sistema presidencialista”.⁵⁵

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”.⁵⁶

Significa isso, a adoção do sistema de governo presidencialista, conforme visto anteriormente.

Com efeito, num Estado Democrático de Direito é a Constituição que deve estabelecer as competências de cada um dos poderes.

Neste sentido, já se delinea uma possível resposta ao questionamento: em que medida a escolha de Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República viola o princípio da separação dos poderes?

⁵³ Rui Barbosa, apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política* 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.336.

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1260.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1260.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2009.

Apesar da longa tradição constitucional do procedimento de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, este modelo não está livre de eventuais abusos por parte do chefe do Executivo, ensejando aprimorá-lo a fim de preservar a harmonia e independência dos Poderes constituídos.

E isso porque, “o ideal democrático está em se atribuir aos representantes nacionais um mínimo de poderes e traçar-lhes normas para que operem em permanente consonância com a opinião pública, mesmo porque é pelo consenso dos governados que se legitimam os atos dos governantes”.⁵⁷

A afirmação acima está em consonância com a titularidade do poder constituinte: o povo.

Neste sentido, relembre-se que o princípio da separação dos poderes foi elevado à cláusula pétrea pelo Constituinte de 1988.

No presidencialismo, como é de sabença geral, o Presidente da República exerce as funções de Chefe de Estado e Chefe de governo.

Nessa linha, consoante Kildare:

“a chefia de Estado diz respeito à representação do Estado na sua unidade, que deve ser exercida acima das paixões políticas, de modo a revelar equilíbrio e moderação em atos como representação do Estado nas relações internacionais, recepções a representantes diplomáticos, nomeação pra determinados cargos que não tenham caráter político”.⁵⁸

Ainda de acordo com o mesmo autor, “a chefia de governo se acha relacionada com a orientação política geral, mediante permanente atividade voltada para a realização dos objetivos governamentais e tomada de decisões nos diversos setores da realidade do Estado”.⁵⁹

Os poderes (atribuições) do Presidente da República segundo Bonavides “se dilatam da matéria legislativa à ordem administrativa, da esfera do poder militar ao campo da política exterior, dos negócios da ordem federativa ao da função judiciária”.⁶⁰

Fugiria ao escopo deste trabalho monográfico elencar todas as atribuições constitucionalmente atribuídas ao Presidente da República e, por essa razão, se vai

⁵⁷ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.265.

⁵⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.996.

⁵⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.996.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política* 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.323.

mencionar tão somente as que estão diretamente relacionadas com o escopo da questão a ser respondida.

É precisamente no art. 101, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, que se encontra a atribuição cerne da questão objeto desse trabalho.

É que o referido parágrafo único prevê que “Os Ministro do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria do Senado Federal”.⁶¹

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2009.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

2.1 O Poder Judiciário Brasileiro

Passa-se, neste momento, para o segundo e último capítulo desse trabalho onde se buscará uma possível resposta ao problema posto nessa monografia, não antes sem abordar o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

Conforme visto anteriormente, o princípio da separação dos poderes consiste em atribuir a diferentes órgãos o exercício do poder e tem como finalidade última a liberdade dos indivíduos.

Disto resulta claro que a cada órgão estatal, no sistema presidencialista, corresponde uma função típica, ou seja, um ato típico.

Assim, o ato legislativo é típico do Poder Legislativo; o administrativo é típico do Poder Executivo e o judicial é típico do Poder Judiciário.

Nessa linha, Alexandre de Moraes leciona que “a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses”.⁶²

Na mesma linha, José Afonso da Silva aduz que cabe ao Poder Judiciário (órgão) “compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama função jurisdicional”⁶³ (função).

De acordo com Gilmar, Inocêncio e Gonet:

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela,

⁶² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.448.

⁶³ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.553.

igualmente, singular ou digna de destaque também no plano de direito comparado.⁶⁴

Consoante os autores “destaca-se que, diferentemente, do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes”.⁶⁵

O Poder Judiciário brasileiro, como um dos Poderes do Estado, se encontra organizado na Constituição de 1988 em seu capítulo terceiro, entre os artigos 92 e 126.

Conforme leciona Uadi Lammêgo Bulos,

O Judiciário, nos moldes do texto de 1988, é um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas. Sua independência e imparcialidade, asseguradas constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas.⁶⁶

É de se ressaltar, por estar diretamente relacionado com o problema a ser solucionado neste trabalho, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário, a ele competindo, precipuamente, a guarda da Constituição, exercendo em única ou última instância o controle constitucional das leis e dos atos normativos, realizando a interpretação final das normas Constitucionais.

É condição indispensável, para que a Suprema Corte realize seus misteres, sua condição de independência e imparcialidade.

Referida condição pode ensejar, no limite, uma ingerência do Executivo no Judiciário, quando, por exemplo, certo Presidente da República indicar e nomear uma ampla maioria de membros.

2.2 Garantias no Poder Judiciário

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.933.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.933.

⁶⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1122.

Como é de sabença geral, as garantias no Poder Judiciário são previstas, constitucionalmente, com o intuito de assegurar sua independência perante aos Poderes Legislativo e Executivo.

Com efeito, são duas as ordens de garantias previstas na Carta Política de 1988: garantias constitucionais institucionais e garantias constitucionais funcionais.

Acerca de tais garantias, adverte Lammêgo que:

Ambas essas garantias não são privilégios ou benesses, mas sim instrumentos de imparcialidade e autonomia, existentes em defesa dos próprios jurisdicionados. Inexistem para servir a esquemas. Objetivam salvaguardar o interesse público, pois quem tiver uma prerrogativa a defender em juízo nelas encontrará o reduto necessário ao exame imparcial de suas pretensões.⁶⁷

2.2.1 Garantias constitucionais institucionais

De acordo com Marcelo Novelino “com o advento da Constituição de 1988 houve um fortalecimento institucional até então desconhecido pelo Poder Judiciário no sistema constitucional brasileiro”.⁶⁸

É que o Poder Judiciário, a partir da promulgação da Constituição de 1988, onde foi instaurado o Estado Democrático de Direito, viu crescer muito sua finalidade, que é assegurar a efetiva aplicação do direito, tendo em conta que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁶⁹, inciso esse responsável, para muitas vezes, pela explosão de demanda ao Judiciário.

Portanto, a fim de que o Poder Judiciário, harmônico e independente, possa assim continuar, é necessário que lhe sejam asseguradas algumas garantias institucionais, afim de que não seja nem violado, nem desrespeitado pelos outros dois Poderes.

Segundo Alexandre de Moraes, as garantias institucionais “dizem respeito à Instituição como um todo, ou seja, garantem a independência do Poder Judiciário no relacionamento com os demais poderes”.⁷⁰

⁶⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1128.

⁶⁸ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ed. São Paulo: Método, 2009, p.644.

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2009.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.450.

As garantias institucionais prevêm autonomia orgânico-administrativa e autonomia financeira ao Poder Judiciário.

Consoante Gilmar, Inocêncio e Gonet:

As garantias do Poder Judiciário, em geral, e do magistrado, em particular, destina-se a emprestar conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial. Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade. Daí a necessidade de que, na sua organização, materializa-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais poderes ou influências externas.⁷¹

As garantias concernentes à autonomia orgânico-administrativa, de acordo com a sistemática da Constituição de 1988, definem-se como o chamado autogoverno dos tribunais, onde elegem seus órgãos diretivos próprios, sem participação do Executivo e Legislativo. Ainda, criam os seus regimentos internos, organizam-se internamente, sendo que a sua estrutura interna é determinada pelo próprio tribunal.

Nessa linha Gilmar, Inocêncio e Gonet escrevem que

A constituição de 1988 dotou os tribunais de um poder de autogoverno consistente na eleição de seus órgãos diretivos, elaboração de seus regimentos internos, organização de suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhe forem vinculados, no provimento dos cargos de magistrados de carreira da respectiva jurisdição, bem como no provimento dos cargos necessários à administração da Justiça.⁷²

Em relação à garantia de autonomia financeira, esta existe para assegurar o exercício das atribuições do Poder Judiciário. Garante que o Poder Judiciário não dependa de outro Poder para resolver quaisquer questões relacionadas às suas finanças.

A autonomia financeira é prevista na Constituição, “com a incumbência dos tribunais elaborarem suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias”.⁷³

O encaminhamento das propostas orçamentárias, com a aprovação dos respectivos tribunais, compete aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.934.

⁷² Idem.

⁷³ SILVA MARTINS, Ives Gandra da, MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 2010, p.961.

Tribunais Superiores, no âmbito da União e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, no âmbito dos Estados e Distrito Federal.

Por fim, traz-se à colação escólio de Bulos que faz a seguinte observação:

Se os órgãos judiciários não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do art. 99, § 1º, da Constituição. E, se as propostas orçamentárias forem encaminhadas em desacordo com os limites do art. 99, § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.⁷⁴

2.2.2 Garantias constitucionais funcionais

As garantias constitucionais funcionais de que ostentam os Membros do Poder Judiciário são de fundamental importância para assegurar a independência do Judiciário frente aos demais poderes porquanto visam preservar sua independência, autonomia e dignidade, afastando-os (os magistrados) da influência comprometedora dos outros poderes e até mesmo das influências exercidas pelos particulares.

As garantias atribuídas aos membros do Judiciário “não se caracterizam como privilégios, mas como meio de assegurar o livre desempenho de suas funções, preservando sua independência e imparcialidade”.⁷⁵

A constituição da República assegura como garantias aos membros do Judiciário a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios.

Alexandre de Moraes as divide em Garantias de liberdade (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e Garantias de imparcialidade (vedações).⁷⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, para Bulos, “garantias funcionais de liberdade são as que conferem à magistratura a autonomia necessária para julgar”.⁷⁷

⁷⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1130.

⁷⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p.645.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.453-455.

⁷⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1132.

Por sua vez, as garantias funcionais de imparcialidade “manifestam-se por meio de vedações constitucionais à magistratura consagrando limites instrumentais ao exercício da magistratura, com vistas à sua independência”.⁷⁸

Acerca das garantias constitucionais asseguradas pela Constituição asseveram Mendes, Inocêncio e Gonet:

A vitaliciedade assegura que o magistrado somente perderá o cargo mediante sentença judicial transitada em julgado. No caso do juiz de primeiro grau, a vitaliciedade será adquirida após dois anos de exercício, somente podendo o juiz perder o cargo, neste período, mediante deliberação do tribunal a que esteja vinculado (CF, art. 95, I). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal poderão perder o cargo por decisão do Senado Federal, nos casos de crimes de responsabilidade, nos termos do art. 52, II, e parágrafo único, da Constituição de 1988.⁷⁹

Acerca da inamovibilidade, continuam os autores a dizer que

Garante que o juiz não seja removido do cargo *ex officio*. Não se permite, igualmente, que, mediante qualquer mecanismo ou estratégia institucional, seja ele afastado da apreciação de um dado caso ou de determinado processo. A ordem constitucional contempla a possibilidade de se efetivar a remoção do juiz -bem como a decretação de sua indisponibilidade ou aposentadoria-, por interesse público, mediante decisão da maioria absoluta do respectivo tribunal ou Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 93, VIII).⁸⁰

Seguem os autores dizendo que

A irredutibilidade de vencimentos, antes garantia exclusiva dos magistrados e hoje integrante da proteção dos servidores públicos em geral, completa esse elenco de garantias pessoais voltadas para assegurar a independência dos magistrados. Afasta-se aqui a possibilidade de qualquer decisão legislativa com o intuito de afetar os subsídios pagos aos juízes.⁸¹

Todas essas garantias, portanto

São imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação dos Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressão ou mesmo redução, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais Poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos de próprio Estado, que causem lesão a direitos individuais ou coletivos.⁸²

⁷⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1134.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.937.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Ibidem.

⁸² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.449.

2.3 O Supremo Tribunal Federal

O princípio da separação dos poderes pressupõe, necessariamente, a existência de um órgão responsável pela guarda da Constituição: é que o não abuso dos poderes em relação aos outros e mesmo em relação aos cidadãos depende do respeito à Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, detém a atribuição de dizer a última palavra sobre interpretação de matéria constitucional.

Neste sentido, esclarece André Ramos Tavares que

É comum o emprego da expressão jurisdição constitucional para designar a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente, do Poder Público, contrária àquela norma paramétrica.⁸³

Com efeito, o Supremo Tribunal federal é o órgão guardião da Constituição por expressa delegação do Poder Constituinte a ele cabendo, dentre outras missões, a “de primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantindo a separação de poderes”.⁸⁴

Segundo escólio de Gilmar, Inocêncio e Gonet:

Criado em 1828, como Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal é o órgão judicial mais antigo. Cumpre também a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao qual incumbe a iniciativa do Estatuto da Magistratura e a Presidência do Conselho Nacional de Justiça.⁸⁵

Para Uadi Lammêgo Bulos “o supremo Tribunal Federal é o oráculo de nossas Constituições, sendo a mais delicada instituição do regime republicano”.⁸⁶

Importante, ainda sobre o tema, a observação de Kildare Gonçalves Carvalho quando aduz que

⁸³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.

⁸⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1144.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed.São Paulo: Saraiva, 2008, p.939.

⁸⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1144.

”a função de guarda da Constituição não é privativa do Pretório Excelso, pois, como nosso Direito consagra o controle difuso de constitucionalidade, outros órgãos do Poder Judiciário, desde que competentes para apreciar o caso concreto, o são também para a declaração de inconstitucionalidade”.⁸⁷

2.3.1 Composição e modo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal

Até aqui ficou assente que o princípio da separação dos poderes é um mecanismo de contenção do poder pelo poder que visa salvaguardar a liberdade individual e a evitar a concentração de poderes em um só órgão.

A questão que se pretende responder neste trabalho monográfico é: em que medida a indicação de Ministro do Supremo Tribunal Federal viola o princípio da separação dos poderes?

É que sempre que uma cadeira do Supremo Tribunal Federal fica vaga a polêmica em torno da questão reacende.

Com efeito, ante a abertura de vaga, devido à aposentadoria do Ministro Eros Grau em julho de 2010, aliada à controvérsia constitucional acerca da Lei Complementar 135 de 04 de julho de 2010 (lei da ficha limpa) cujo desfecho somente se deu com o voto de desempate proferido, precisamente, pelo Ministro indicado pelo Presidente da República que a questão ganha contornos contra a “forma pouco democrática”⁸⁸ de escolha para os cargos da mais alta corte de justiça do país.

Com efeito, é no estudo sistemático do princípio da separação dos poderes, no sistema presidencialista brasileiro e no modelo de indicação previsto na Constituição da República que tal resposta há de ser encontrada.

E, como será demonstrado no final desse trabalho monográfico, a resposta, em que pese a necessidade de alteração do atual método de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao problema posto é negativa, isto é, a indicação de

⁸⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.1055.

⁸⁸ Sempre que abre uma vaga na composição do STF, surgem corporações de classes e movimentos sociais reivindicando um novo modelo de escolha dos Ministros daquela corte. Os argumentos são de todas as sortes: a exigência de uma maior participação na escolha por parte do Congresso Nacional e entidades da sociedade civil organizada, ingerência do Executivo sobre o Legislativo, aprovação pelo Senado Federal apenas como pró-forma entre outras.

Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República não fere o princípio da tripartição de poderes.

Feitas essas breves observações, volta-se, agora, à composição e modo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Consoante, a Constituição Federal de 1988

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

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.⁸⁹

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei.⁹⁰

José Afonso da Silva escreve apenas poucas palavras a respeito do tema:

A composição do STF manteve-se tal como antes com onze Ministros, que serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos (brasileiros natos) com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.⁹¹

E nem haveria necessidade de o mestre constitucionalista escrever mais que escreveu.

É que se trata de uma regra constitucional de razoável facilidade de interpretação: o atual sistema da Constituição Federal de 1988 estabelece que os ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República entre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2009.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.559.

Diz-se de razoável facilidade, pois os Ministros do Supremo Tribunal Federal são livremente escolhidos pelo Presidente da República e nomeados após a aprovação pelo Senado Federal.

De fato, há uma tradição de que o Presidente indique e nomeie depois da aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal. E essa tradição data desde a primeira Constituição Republicana, como se pode perceber *in verbis*⁹²: “Art. 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:

12^o) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado”.

2.3.2 O papel do Senado Federal na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

Como se viu alhures, sempre que se abre vaga de ministros do Supremo Tribunal Federal o modelo escolhido pelo atual sistema vem à baila questionamento acerca do referido modelo e, além do excesso de discricionariedade do Presidente da República na indicação, o papel do Senado na submissão à aprovação também é alvo de questionamentos.

Nos dias atuais, é consensual a idéia de que o Senado Federal possa rejeitar uma indicação do Presidente da República.

Ao longo de sua história, o Senado Federal, no exercício de suas funções constitucionais, rejeitou apenas cinco indicações do Presidente da República ao cargo de ministro do STF.

Neste sentido, registre-se nota do Ministro Celso de Mello:

Na história republicana brasileira, ao longo de 114 anos (1889 a 2003), o Senado Federal, durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), rejeitou cinco (5) indicações presidenciais, negando aprovação a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, das seguintes pessoas: (1) Barata Ribeiro, (2) Innocência Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sève Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo.⁹³

No mesmo sentido, Maria Ângela de Santa Cruz Oliveira aduz que

⁹² BRASIL. Constituição de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2011.

⁹³ DE MELLO FILHO, José Celso. Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

O Senado Federal rejeitou cinco nomeações do Presidente da República para o Supremo Tribunal Federal no ano de 1894. O art. 56 da Constituição Republicana de 1891 definia como requisito para tanto possuir o nomeado 'notável saber jurídico'. Três dessas nomeações –de um médico e dois militares- foram recusadas pela ausência do requisito do notável saber jurídico, adjetivo este explicitado mediante decisão do Senado e mencionado expressamente em todas as Constituições brasileiras subsequentes à de 1891.⁹⁴

Como visto em linhas anteriores, a nomeação dos Ministros do STF pelo Executivo e Senado constitui também uma expressão dos chamados freios e contrapesos, mecanismos concebidos para permitir que o poder controle a si mesmo, por meio de uma repartição de competências que impede a concentração excessiva de prerrogativas nas mãos de uma única autoridade.

Como se pode perceber, referida nomeação trata-se de ato administrativo complexo e discricionário com elevada carga de natureza política: complexo, porque dele participam dois órgãos, o Presidente da República e o Senado, e discricionário, porque cabe ao primeiro escolher livremente o candidato, atendidas as exigências constitucionais.

Relembre-se aqui, por oportuno, que as críticas formuladas ao modelo de escolha dos ministros do STF levam em consideração o fato de ser o STF órgão de cúpula do Poder Judiciário e não como Corte Constitucional, que, como se sabe, em regra, não compõem o Poder Judiciário.

No Brasil, a sabatina é considerada mera formalidade e pouco se acredita na possibilidade de não se aceitar uma indicação do chefe do Poder Executivo.

A histórica inércia do Senado na aprovação dos nomes muitas vezes torna apenas protocolar o exame da indicação. Frequentemente aquela casa não toma para si uma responsabilidade fundamental do parlamento, em descompasso com seu papel constitucional, aprovando de modo automático o nome que lhe é submetido pelo Presidente.

Essa contemporânea apatia do Senado Federal em relação às indicações feita pelo Presidente da República se distanciou do modelo cujo presidencialismo brasileiro se inspirou: o presidencialismo norte-americano.

⁹⁴ SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/550/593 acessado em 14 jun. 2012.

Consoante Alexandre de Moraes “nos Estados Unidos a Suprema Corte é composta por nove ministros indicados pelo Presidente e sabatinado pelo Senado, sendo, contudo, o processo caracterizado pelo cunho político da indicação”.⁹⁵

Nos Estados Unidos, o processo formal de escolha é marcadamente político onde as nomeações são influenciadas por disputas entre as duas forças políticas dominantes: Democratas e Republicanos.

Naquele país, não é incomum o emprego de critérios políticos, ou mesmo de recompensa a aliados pessoais, na escolha de candidatos à Suprema Corte. Por outro lado, a renovação dos magistrados da Corte desperta grande mobilização nos meios políticos e na sociedade civil americana, e a arguição do candidato pelo Senado Federal é palco de intensos debates.

Nos primórdios da República brasileira, o papel do Senado não era de inércia quanto à aprovação dos indicados, como se pode perceber da seguinte passagem do trabalho de Maria Ângela Jardim:

Conclui-se, portanto, que o Senado brasileiro analisou, com profundidade, as nomeações presidenciais para ocupar o mais alto posto da magistratura brasileira, ainda que em períodos conturbados na República. A crença de que o Senado apenas recusara nomeações que eram evidentemente incabíveis, como a nomeação de um médico para exercer o cargo de Juiz do Supremo Federal, não é verdadeira. O Senado sim se manifestou, em apertada votação entre seus membros, tanto para aprovar, quanto para recusar nomeações feitas pelo Presidente da República.⁹⁶

No modelo brasileiro de indicação e aprovação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, também se vislumbra uma característica essencialmente política tendo em conta que o Presidente da República, tanto quanto os Senadores são eleitos em eleições livres e diretas em um processo político eleitoral.

Impende advertir que a nomeação política não pode ser considerada um mal em si mesma.

Relembre-se que ao Supremo Tribunal Federal, como órgão guardião da Constituição, cabe dizer a última palavra sobre jurisdição constitucional, evidenciando, sobremaneira, seu papel político-jurídico.

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.87.

⁹⁶ SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/550/593 acessado em 14 jun. 2012.

Neste sentido, imperioso estabelecer um equilíbrio institucional que impeça a politização do tribunal sem atingir sua independência e, ao mesmo tempo, assegure a legitimidade da jurisdição constitucional.

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

2.3.3 Críticas ao método de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal

Como anteriormente salientado, o método de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal é posto em evidência sempre que vaga um cadeira.

Em que pese ser este tema ainda embrionário na doutrina pátria, vai-se, neste tópico, analisar se referido método se coaduna às exigências dos postulados do Estado Democrático do Direito e do Republicano (postulado) à luz do Princípio da Separação dos Poderes.

O Supremo Tribunal Federal tem assumido, a partir da Constituição de 1988, um acúmulo de poderes decorrentes tanto do processo de normatização quanto do processo de formação de sua jurisprudência.

Em artigo intitulado “O acúmulo de poder do Supremo Tribunal Federal e o controle concentrado de constitucionalidade”⁹⁷, Luiz Alberto David Araujo estabelece sob quais circunstâncias se deram esse acúmulo de poder e analisa a ausência de balanceamento entre esse acúmulo e o processo de escolha dos ministros do STF.

Segundo o autor acima citado

⁹⁷ BARRETO LIMA, Martonio Mont’ Alverne; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.) *Diálogos Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 333/345.

Assim, fechamos o círculo de acúmulo de poder, que se implantou por uma jurisprudência restritiva do acesso ao controle concentrado e tem, como marco final, a Emenda Constitucional n. 45, com seu artigo 103-A. Passamos por a Emenda n. 03-93, criando a declaratória, pela decisão que reconheceu, sem norma própria, possibilidade de cautelar na declaratória (hoje reconhecida pela Lei 9.869-99), chegando aos conceitos genéricos das leis que disciplinaram a ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, lembrando o conceito genérico da Lei 9.982-99, todas contribuindo para o acúmulo de poder do Supremo Tribunal Federal.⁹⁸

E conclui o citado autor

O ajuste proposto pelo constituinte de 1988 sofreu grande abalo. Já não são os mesmos poderes: há efeitos vinculantes e, em casos, trazidos pela lei ordinária! Há cautelares que foram retiradas de interpretações extensivas (como no caso da declaração de constitucionalidade). Há conceitos genéricos que permitem definir o que seja relevância, quando se quer. E, de outro lado, o processo de escolha não sofreu qualquer alteração. Se há mais poder, se há aço de poder, o que foi demonstrado no trabalho, não se pode mais pensar em um mesmo processo de escolha (...). Só aumentando a legitimidade do processo de escolha dos Ministros, é que teremos uma maior legitimidade de suas decisões.⁹⁹

Impende destacar que as críticas formuladas pelos diversos segmentos da sociedade organizada ocorre quando se considera que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro, onde são produzidas as mais importantes decisões acerca dos mais variados temas de uma sociedade pluralista, como a brasileira.

Referida preocupação se justifica na medida em que, o Supremo Tribunal Federal reúne os nomes que produzem as decisões, em última instância, mais importantes do país, são indicados segundo um critério exclusivamente pessoal e subjetivo do chefe do poder Executivo.

Assim como o sistema presidencialista foi uma adaptação da monarquia à forma republicana, o Supremo Tribunal Federal nasceu sob forte inspiração norte-americana, como se pode perceber da seguinte passagem

(...) em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do imperador as seguintes palavras: Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando

⁹⁸ BARRETO LIMA, Martonio Mont' Alverne; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.) *Diálogos Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 333/345.

⁹⁹ BARRETO LIMA, Martonio Mont' Alverne; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.) *Diálogos Constitucionais*. São Paulo: RENOVAR, 2006, p. 344.

voltarem, haveremos de ter uma conferencia a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir pra ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor.¹⁰⁰

Como visto, a origem do presidencialismo brasileiro remete ao presidencialismo norte-americano, de maneira que alguns institutos presentes na organização daquele país se repetem na organização dos poderes da Republica brasileira.

O método de investidura dos ministros do STF adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro seguiu o modelo adotado pela Suprema Corte America:

1. O presidente será o chefe supremo do Exército e da Marinha dos Estados Unidos, e também da Milícia dos diversos estados, quando convocadas ao serviço ativo dos Estados Unidos. Poderá pedir a opinião, por escrito, do chefe de cada uma das secretarias do Executivo sobre assuntos relativos às respectivas atribuições. Terá o poder de indulto e de graça por delitos contra os Estados Unidos, exceto nos casos de Impeachment.
2. Ele poderá, mediante o parecer e aprovação do Senado, concluir tratados, desde que dois terços dos senadores presentes assim o decidam. Nomeará, mediante o parecer e aprovação do Senado, os embaixadores e outros ministros e cônsules, juizes do Supremo Tribunal, e todos os funcionários dos Estados Unidos cujos cargos, criados por lei, não têm nomeação prevista nesta Constituição. O Congresso poderá, por lei, atribuir ao Presidente, aos tribunais de justiça, ou aos chefes das secretarias a nomeação dos funcionários subalternos, conforme julgar conveniente.¹⁰¹

Maria F. Jaloretto e Bernardo P. M. Mueller, comparam os dois modelos:

Lá, embora o processo formal de escolha para a priori extremamente simples, traduz num complexo processo marcado por disputas entre as grandes forças político-partidárias dominantes na democracia norte-americana. No Brasil, essa influencia política na decisão não é de maneira alguma considerada clara como acontece nos Estados Unidos, devido principalmente à inércia do Senado e da população quanto à nomeação dos candidatos.¹⁰²

A preocupação subjacente ao processo de escolha tanto dos ministros do Supremo Tribunal Federal, quanto os da Suprema Corte norte-america concerne-se à principal característica do Poder Judiciário: sua independência.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Leda Boechat, Apud MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais*. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.212.

¹⁰¹ Constituição Americana traduzida. Disponível em: www.braziliantranslated.com/euacon01.html, acesso em 19 fev. 2012.

¹⁰² O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.ealr.com.br, acesso em 20 fev. 2012.

Consoante Alexandre de Moraes¹⁰³, “não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis”.

Acerca dessa imprescindível independência, transcreve-se, abaixo, passagem ilustrativa sobre o tema:

A independência do Judiciário, nos diversos ordenamentos jurídicos, por varias vezes é posta à prova por motivos políticos. Importante destacar, como nos relata Lawrence Baum, o conflito da Suprema Corte Americana com o Presidente Roosevelt, em virtude do *New Deal*, linha política que foi duramente criticada pelos defensores do principio da legalidade. Nos anos 20, os políticos liberais norte-americanos atacavam abertamente a Suprema Corte, em virtude de suas decisões jurídicas contra eventuais interesses político-comerciais. Esse quadro se agravou nos anos 30, quando por maioria de votos o Tribunal se colocou em conflito direto com o presidente Franklin Roosevelt e o já referido *New Deal*, programa presidencial para combater a Grande Depressão, incluindo grandes e drásticas medidas de controle da economia. A Lei de Ajuste Agrícola, por exemplo, foi um esforço para limitar a produção agrícola a fim de estabilizar os preços dos produtos primários. A Lei de Recuperação Industrial Nacional foi, igualmente, estabelecida para causar acordos sobre praticas de trabalho e comércio dentro de indústrias inteiras. Ocorre que em uma série de decisões tomadas por maioria de votos (6X3 e 5x4), nos anos de 1935 e 1936, a Suprema Corte entendeu inconstitucionais estas duas leis e outros diplomas legais editados pelo Congresso Nacional com a finalidade de recuperação, enfraquecendo o programa de governo. Inevitavelmente, o Presidente Roosevelt liderou severas criticas contra o Poder Judiciário, e, após sua reeleição consagradora em 1936, sugeriu contornar a situação por meio de uma legislação de acordo com a qual um juiz adicional poderia ser acrescentado à Suprema Corte, para cada juiz que tivesse mais de 70 anos de idade. Com a eventual implementação dessa nova regra, o resultado teria sido aumentar o tamanho da Corte, temporariamente, para 15 juizes, permitindo que o Poder Executivo nomeasse novos juizes favoráveis a seus programas. Enquanto essa hipótese era debatida no Congresso, a Corte eliminou a maior parte do impulso existente por trás dele em uma seqüência de novas decisões tomadas em 1937, e foi mantida a legislação do *New Deal* e legislação estadual similar por estreitas margens, tomando posição contrária a suas opiniões coletivas nos casos anteriores e evitando-se a deformação da autonomia da cúpula do Poder Judiciário. Anote-se que esta alteração de posicionamento da Suprema Corte Norte-Americana ficou conhecida como *the switch in time that saved nine* (a mudança em tempo de salvar nove).¹⁰⁴

Assim, como se pode perceber, no Brasil, não há sondagens sistemáticas e públicas quanto ao nome indicado, o que pode acarretar uma exacerbada politização do Supremo Tribunal Federal.

Neste diapasão, no que concerne ao método de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, há propostas para a alteração do atual modelo vigente.

¹⁰³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.447.

¹⁰⁴ BAUM, Lawrence, apud MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.451.

Natália Cristina do Nascimento Cirilo em seu O processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal e o Estado Democrático de Direito na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito, resume palestra de Carlos Mário da Silva Velloso, ex-ministro daquela Colenda Corte:

As Universidades, pelas suas Faculdades de Direito, indicariam dois nomes entre seus professores de Direito; os Tribunais Superiores indicariam, também, dois nomes de Juízes do respectivo Tribunal; o mesmo ocorreria com o Conselho Federal da OAB, com o Conselho Superior do Ministério Público Federal, com os Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos Estaduais e com as associações de magistrados no âmbito nacional. Os indicados deveriam satisfazer os requisitos exigidos no art. 101 da Constituição e deveriam contar com mais de vinte anos de exercício no magistério superior, na magistratura, no Ministério Público ou na advocacia. Os nomes seriam indicados ao Supremo Tribunal Federal que, em sessão pública, elegeria, dentre eles, seis nomes. A lista sêxtupla seria encaminhada ao Presidente da República, que escolheria um nome, que seria levado à aprovação, ou não, da maioria absoluta do Senado Federal. O candidato seria submetido, no Senado, à sabatina, da qual participariam representantes dos órgãos indicadores dos candidatos-Universidades, Tribunais Superiores, Conselho Federal da OAB, Conselhos Superiores do Ministério Público e associação de magistrados de âmbito nacional.¹⁰⁵

Neste diapasão, foi apresenta, em 2005, Proposta de Emenda à Constituição Nº 68, de autoria do Senador Jeferson Perez, de onde se pode extrair a seguinte justificativa:

A Constituição de 1988 não apenas trouxe a democratização das instituições políticas do Brasil, como também deu ao Supremo Tribunal Federal um papel fundamental de interprete ultimo do ordenamento jurídico e de árbitro das disputas envolvendo os Poderes da República. Trata-se de uma posição que aquela Corte vem, com o processo de consolidação institucional do País, cada vez mais, reafirmando e que é, sem duvida, imprescindível para garantir a perenidade d nosso Estado Democrático de Direito.

Esse processo, ao mesmo tempo, nos traz alguns importantes ensinamentos, na medida em que se firma. Um dos mais importantes deles é que é, hoje, fundamental que se mude o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para se assegure a independência dessa Corte, sem a qual todo o desenho institucional fica comprometido.

Efetivamente, não nos parece exagerado dizer que a atual sistemática de composição da nossa mais alta Corte de Justiça, formada por membros escolhidos, todos, pelo Presidente da República sem critérios outros que a conveniência política dessa autoridade não contribui para o equilíbrio e a serenidade do órgão Maximo do Poder Judiciário.¹⁰⁶

¹⁰⁵ LIMA CASTRO, João Antonio (Org.) *Direito Processual*. Belo Horizonte: PUC Minas Instituto de Educação Continuada, 2010, p.76.

¹⁰⁶ Proposta de Emenda à Constituição Nº 68, de 2005, arquivada em 11/01/2011. Disponível em: www.senado.gov.br, acesso em 23 fev.2012.

Tramitam, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, Propostas de Emenda à Constituição visando alterar a atual sistemática de escolha dos Membros do Supremo Tribunal Federal.

Na Câmara dos Deputados, tramita a Proposta de Emenda à Constituição nº 473, de autoria do Deputado Antonio Carlos Pannunzio, alterando o art.84, XIV e 101, ambos da Constituição de 1988.

Referida proposta institui a alternância entre o Presidente da República e o Congresso Nacional na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

No Senado Federal, tramita a Proposta de Emenda à Constituição nº 30, de autoria do Senador Lobão Filho, alterando o art. 101 da Constituição de 1988 que ostenta a seguinte proposta:

A nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal será feita pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha, pela maioria absoluta do Senado Federal, do nome eleito pelo Supremo, por voto secreto e maioria absoluta, dentre três candidatos indicados, na forma da lei, pelos seguintes órgãos:

- I – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- II – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal;
- III – Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados.¹⁰⁷

Como se pode perceber, referidas propostas objetivam amenizar a politização dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, Alexandre de Moraes, após analisar a composição e modo de escolha dos componentes das Cortes Constitucionais no direito comparado, assevera que

Para que o STF possa, em sua plenitude, assumir seu papel de órgão de direção do Estado, transformando-se exclusivamente em Corte de Constitucionalidade, não basta, porem, a simples alteração constitucional de suas competências, sendo igualmente necessárias as alterações de sua composição, investidura e impedimentos.¹⁰⁸

E completa o autor acima referido, sugerindo a cerca da investidura dos ministros do STF

¹⁰⁷ Proposta de Emenda à Constituição Nº 30, de 2008, aguardando designação de Relator. Disponível em: www.senado.gov.br, acesso em 23 fev. 2012.

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.288.

Os membros do STF devem ser escolhidos, de maneira proporcional, pelos representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, quatro ministros devem ser escolhidos livremente pelo Presidente da República e quatro ministros eleitos pelo Congresso Nacional, sendo dois por maioria absoluta da Câmara e dois por maioria absoluta do Senado Federal. Os três membros restantes deverão ser escolhidos pelo próprio STF, entre membros da carreira da magistratura e do Ministério Público. Uma vez regularmente escolhidos, a posse será dada pelo presidente do STF.¹⁰⁹

Assim, a análise dos capítulos deste trabalho demonstra ser imperiosa a alteração no modo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal a fim de que se retire da exclusiva esfera do Poder Executivo a iniciativa da escolha dos titulares da mais alta corte de justiça do Brasil, democratizando, em decorrência, o processo de composição do órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, o que, certamente, se coaduna com o Princípio da Separação dos Poderes.

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.295.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve por fim analisar, à luz do Princípio da Tripartição dos Poderes, o procedimento de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A indagação a que se propôs neste trabalho foi: em que medida a indicação e nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República viola o princípio da separação dos poderes?

No primeiro capítulo foi feita uma abordagem do referido princípio como mecanismo de contenção do poder pelo poder.

Abordou-se também, aspectos e críticas ao sistema presidencialista brasileiro onde foi possível verificar que o Princípio da Separação dos Poderes pressupõe a existência de um órgão responsável pela guarda da Constituição.

No segundo capítulo foi feito um estudo sobre o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, sua composição, modo de escolha de seus membros e o papel do Senado no procedimento de escolha dos membros daquele tribunal.

A resposta alcançada para a problematização posta pôde ser alcançada utilizando-se a pesquisa dogmática, a partir de revisão bibliográfica das obras pertinentes aos temas.

A controversa acerca do atual sistema de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal põe à prova a independência do Poder Judiciário, que como se sabe, é condição imprescindível para o equilíbrio entre os Poderes, isto é, a aludida independência reveste-se de verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito.

O excesso de discricionariedade do chefe do Poder Executivo na indicação, e o papel meramente homologatório do Senado Federal é alvo de freqüentes questionamentos sempre que se abre vaga na composição do Supremo Tribunal Federal, mormente, acerca do papel do Senado Federal.

Nos dias atuais, é consensual a idéia de que o Senado Federal possa rejeitar uma indicação do Presidente da República.

Ao longo de sua história, o Senado Federal, no exercício de suas funções constitucionais, rejeitou apenas cinco indicações do Presidente da República ao cargo de ministro do STF.

Some-se à discricionariedade do chefe do Executivo a inércia do Senado quanto à sabatina e tem-se uma possível e indesejada ingerência do Executivo no Poder Judiciário.

Não se pode perder de vista que o Princípio da Separação dos Poderes pressupõe a existência de um órgão responsável pela guarda da Constituição, que, no caso brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a finalidade do princípio da separação dos poderes é, em última análise, preservar a liberdade do indivíduo tendo em conta o imenso poder que o Estado guarda em relação aos indivíduos e a forte relação de dependência destes em relação àquele.

Neste sentido, o atual modelo de escolha dos ministros do órgão de cúpula do judiciário brasileiro, em um sistema que comumente se denomina de presidencialismo de coalizão, recebe críticas formuladas pelos diversos segmentos da sociedade organizada.

Visando o aprimoramento do sistema vigente, tramitam no Congresso Nacional propostas de emenda à Constituição que buscam alterar a atual sistemática do método de escolha e investidura dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Referidas propostas pretendem retirar da esfera exclusiva do chefe do Poder Executivo a iniciativa de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, democratizando, em decorrência, o processo de composição do órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, o que, certamente, se coaduna com o Princípio da Separação dos Poderes.

Em conclusão, tem-se que a indicação e nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, não viola o princípio da separação de poderes, não obstante a necessidade de aprimoramento do atual sistema a fim de que a aprovação pelo Senado Federal deixe de ser mera formalidade.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Luís Carlos Alves. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. *Constituição. Constituições do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 1986.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CLÉVE, Clémerson Merlin. Obra: Atividade legislativa do poder Executivo. Texto: Revendo o princípio da separação dos poderes. SP: RT, 2000, pags. 21 a 44. Material da 3ª aula da disciplina Poderes do Estado: Poder Legislativo e Poder Executivo, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional Anhanguera-UNIDERP/REDE LFG.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorias, 2003.

GONÇALVES CARVALHO, Kildare. *Direito Constitucional*. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

MALDONADO, Maurílio. *Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro*. Revista Jurídica 9 de julho nº 2, julho/2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

SAHID, Maluf. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da, MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.). *Tratado de Direito Constitucional 1*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição de 1891. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituição.htm). Acesso em: 22 fev. 2012.

USP- Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em : 13/02/2011.

CONSTANTINO, Rodrigo. O Poder Corrompe. Disponível em: <http://www.notiun.com.br>. Acesso em: 14/02/2011.

DE MELLO FILHO, José Celso. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/550/593 acessado em 14 jun. 2012.