



O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Waldecy de Oliveira Silva¹

Resumo: O presente trabalho é sucinta abordagem sobre o atual contexto jurídico-político do país, em que se observa a desarmonia entre as instituições democráticas nos últimos anos, e chega-se a perguntar: qual a saída para tal conflito? Há equívoco no sistema proposto por Montesquieu ou não encaixa mais na sociedade contemporânea, tão complexa? Tal abordagem é uma tarefa árdua e exige observações político-jurídicas e leituras de literaturas, tanto clássicas e contemporâneas. Assim, este artigo aborda alguns aspectos que vão desde a origem do ativismo judicial, a teoria do originalismo constitucional, o princípio da separação das funções estatais e da função política do STF à apresentação de pressupostos teóricos para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: ativismo, STF, constitucionalismo, originalismo.

Abstract: This paper is a succinct approach to the country's current legal-political context, in which the disharmony between democratic institutions has been observed in recent years, and it begs the question: what is the way out of this conflict? Is there a mistake in the system proposed by Montesquieu or does it no longer fit in with today's complex society? Such an approach is an arduous task and requires political and legal observations and readings of both classic and contemporary literature. Thus, this article addresses some aspects ranging from the origin of judicial activism, the theory of constitutional originalism, the principle of the separation of state functions and the political function of the Supreme Court to the presentation of theoretical presuppositions for the improvement of the Democratic Rule of Law.

Keywords: activism, STF, constitutionalism, originalism.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio da Amazônia;
Licenciado em Física pela UERR;
Mestre no Ensino de Física pela UFRR;
E-mail: Waldecy@yahoo.com.br.



1 INTRODUÇÃO

O presente artigo surge diante do protagonismo adotado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro nos últimos anos e que tem gerado aprovações e reprovações no meio social, político e jurídico. A referida instituição, de papel importantíssimo num Estado Democrático de Direito, passou a ser assunto recorrente nas academias, na imprensa, na política, nas praças, nas mesas de bares e até mesmo em churrascos aos finais de semana em família, estes últimos, muitas vezes, com analistas políticos e jurídicos “formados” nas redes sociais.

Diante desse cenário da Suprema Corte Brasileira, surge então a proposta da elaboração do presente artigo, realizado a partir de uma revisão bibliográfica em livros e periódicos acadêmicos a fim de compreender contextual e historicamente os limites e excessos da Corte Constitucional.

Importante destacar, que ao discorrer o artigo buscou-se entender o contexto histórico, político e jurídico para melhor uma compreensão da atual Corte Suprema. É notório que o STF tem usurpado certas competências, estritamente típicas de outras instituições, ao inferir interpretações exógenas à Carta Magna e inserido dispositivos que deveriam estar embrionados no meio do povo, mediante o sistema representativo que o Brasil adota e, nesse caso, os dispositivos seriam aprovados ou reprovados no Parlamento e não impostos sem legitimidade popular pela Corte ou, até mesmo, por apenas um membro do pretório excelso.

O presente tema é um assunto infundável e o artigo não pretende fazer uma abordagem analítica, mas sintetizar o protagonismo da política brasileira que foi avocado pela corte que deveria guardar a constituição e controlar a inserção de normativas com base naquela. Dessa forma, o artigo está subdividido em:

- (i) Separação das funções de Estado;*
- (ii) Função política do STF e o ativismo judicial;*
- (iii) O Senado Federal e a Presidência no sistema de freios e contrapesos;*
- (iv) Considerações finais;*
- (v) Referências*



2 PERCURSO METODOLÓGICO

Quanto aos procedimentos metodológicos, o presente trabalho classifica-se: quanto a sua abordagem metodológica é qualitativa, tendo em vista a sua contextualização e complexidade político-jurídica, ausente de dados quantitativos e questionamentos que a deixa inconclusiva. Quanto aos objetivos é uma pesquisa exploratória, pois busca-se compreender melhor as variáveis, presentes na história, na política, no direito, que provocaram o que se conhece como ativismo judicial. Com relação aos procedimentos técnicos adotados, a pesquisa fundamentou-se em trabalhos acadêmicos, em documentos secundários e entrevistas disponíveis na internet e, dessa forma, classifica-se em bibliográfica.

3 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

3.1 *Separação das Funções de Estado*

Antes de discorrer sobre a separação funcional do Estado, convém a seguinte interpelação: Por que utilizar, neste artigo, a terminologia “*Separação das Funções e não Separação dos Poderes*”? Preferiu-se, aqui, utilizar a separação das funções estatais, haja vista que o Poder do Estado é *Uno*, ou seja, unitário/indivisível e, dessa forma, talvez do ponto de vista etimológico, não seja tão coerente a terminologia *Separação dos Poderes*.

Nesse diapasão, é importante frisar o pensamento de DALLARI (2013, p. 218), que “é totalmente inadequado falar-se em uma separação de poderes, quando o que existe de fato é uma separação de funções” e o mesmo autor ainda destaca que ao separar as funções da unidade (ou seja, o poder) “não se quebra por tal circunstância”.

Para a reforçar a ideia de propor no artigo a terminologia separação das funções e não de poderes, cabe citar Leonardo André Paixão, em sua Tese de doutorado, respaldado em Loewenstein e Burdeau:

O poder do Estado é uno, indivisível, é o poder político da sociedade entregue à personificação da comunidade política, à instituição que o detém predominantemente. Neste sentido, não cabe falar em separação de poderes, pois não se pode separar o que é uno por sua própria natureza, indivisível em sua essência. Já as funções estatais – as atividades específicas e coordenadas, indispensáveis à produção de certos resultados, que têm por objetivo a consecução de certos fins – podem ser separadas e entregues a órgãos diferentes do Estado. Por isto, o que a doutrina de Montesquieu separa são as funções, e não o poder uno e indivisível do Estado (PAIXÃO, 2007, p. 26).



Talvez, diante do histórico em que o Supremo Tribunal Federal, que sofreu diversas interferências na sua composição e nas suas decisões, desde a primeira Constituição Federal, de 1891, até a entrada da Constituição de 1988, período esse em que o país viveu constantes instabilidades e interferências estatais através de atos governamentais nada democráticos – a Corte estando imbuída da ideia constitucional de “Poder” e com a presença da terminologia “Supremo”, desde a sua primeira forma, ainda no modelo imperial – passou a atuar como um poder paralelo ao Executivo e Legislativo e, “aparentemente”, com atos de superioridade aos demais integrantes constitucionais, presentes na Carta Magna.

É importante ressaltar que tal percepção de poder paralelo e superioridade é uma conjectura pessoal e interpretativa do contexto político-jurídico por parte do próprio autor, ou seja, sem utilizar embasamentos teóricos de autores renomados que defenda tal suposição.

A teoria de separação das funções estatais tem como embrião filosófico a obra *A Política*, de Aristóteles, e passa por Políbio, Cícero, Locke, até chegar a mais moderna e conhecida teoria proposta por Montesquieu. Para uma melhor compreensão desse íterim histórico, político, jurídico e filosófico, vale citar PAIXÃO na sua Tese *A Função Política do STF* que:

é possível afirmar que as funções do Estado são preocupação antiga, já referida em Aristóteles, e a existência de diferentes órgãos é defendida desde o governo misto elogiado por Políbio. Mas a combinação das duas noções, *funções diferentes entregues a órgãos diferentes* é ideia bem mais recente, que constado trabalho de Locke e cuja formulação mais conhecida e ainda hoje formalmente aceita surgiu apenas no século XVIII, em *Do espírito das leis*, de Montesquieu (PAIXÃO, 2007, p. 25).

Importante suscitar que a doutrina da separação de funções foi adotada na Constituição Norte-Americana, em 1787, e, diga-se de passagem, de acordo com o contexto à época, dos norte-americanos. Vale destacar que no período compreendido como Idade Média, onde afluíam diversas revoluções na ciência, na política e na religião, a referida doutrina passa a “ganhar” o mundo a partir da Revolução Francesa e ser incorporada à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, em seu artigo 16 – “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.



No Brasil, por exemplo, a teoria da separação das funções estatais ganha uma nova roupagem com o advento do Quarto Poder, denominado Poder Moderador, na Constituição Imperial de 1824. A inserção de um Poder Moderador, para equilibrar as instituições estatais, foi idealizada pelo pensador, escritor e político francês de origem suíça, Henri-Benjamin Constant de Rebecque, mais conhecido como Benjamin Constant. Importante destacar que o Poder Moderador também foi incorporado, em 1826, na Constituição da Coroa Portuguesa sob a influência de D. Pedro I.

Benjamim Constant,

partiu do esquema de Montesquieu que dividiu os três poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, mas acrescenta mais um: o *pouvoir royal* (poder real) traduzido para o português como Poder Moderador. Para Benjamin Constant, o monarca não deveria seguir o modelo inglês de ser uma simples representação da nação expressa na frase “*o rei reina, mas não governa*”. O soberano deveria ter uma posição especial, sempre limitada pela Constituição, o Parlamento e/ou Conselho de Ministros. O próprio nome diz que é um poder que modera os embates entre os três poderes. Em caso de discordância entre os membros, o soberano interviria até achar uma solução conciliadora. O Poder Moderador não seria autoritarismo, pois todos os assuntos deveriam passar antes pelo Parlamento e o Conselho de Ministros. Assim, o rei não corria o risco de se transformar num monarca absolutista. (BEZERRA, 2023).

Diante do contexto brasileiro e desconsiderando o fato de que o país do século XXI é uma república, ainda que não seja essa o objeto desejado pela população de 1889, em face da idealização da teoria separação de funções com presença do Poder Moderador, qualquer cidadão brasileiro concordaria que se, hipoteticamente, Montesquieu e Benjamim Constant “fugissem” do túmulo e visitassem o Brasil contemporâneo ficariam escalafobéticos com o desequilíbrio, a falta de independência e a desarmonia entre as instituições democráticas responsáveis pelas funções executivas, legislativas e, principalmente, a judiciária. O primeiro diria que não foi essa a teoria que propôs, pois no modelo brasileiro atual só tem peso e não têm contrapesos; o segundo, diria que o modelo de tripartição por si só gera desequilíbrio e que estaria faltando o Poder Moderador para equilibrar as instituições e, principalmente, destacar com ênfase constitucional a função precípua da Corte Superior.

Ainda no contexto da presença do Quarto Poder, baseado na Teoria da Benjamim Constant, a Constituição do Império, em seu Art. 98, expressava que o Poder Moderador

é a chave de toda a organização 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” (CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO, 1824 apud CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2023).

Tendo vista que em 1889, influenciado por fatores políticos, militares e da filosofia positivista de Augusto Comte, o Brasil sofreu um Golpe (talvez o maior da história brasileira), destituindo D. Pedro II do reinado e assumindo o seu, até então, “leal” Marechal Deodoro da Fonseca, e por meio do Decreto n. 1, de 15 de novembro, proclama provisoriamente como *“forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quaes se devem reger os Estados Federaes”* (DEODORO DA FONSECA apud Portal Senado Federal, 2023).

Com advento da nova forma de governo e de Estado, o país passou a adotar a tripartição das funções estatais: Executiva, Legislativa e Judiciária, respectivamente por meio da Presidência da República, do Congresso Nacional (com modelo bicameral) e do Supremo Tribunal Federal.

A partir dessa “metamorfose” do Estado, o Brasil passou por diversas crises políticas que abalaram a República Federativa. Tais crises vão desde golpes, crise no sistema eleitoral brasileiro, interferências do executivo no legislativo e no judiciário. Resumindo, enquanto o Brasil Império viveu sessenta e cinco anos com apenas uma Constituição, a de 1824, o Brasil República viveu de 1891 a 1988, ou seja, noventa e sete anos com seis ou, como preferem alguns doutrinadores, sete Constituições Federais.

A partir do trecho extraído do site do STF (2023) *“as constituições nascem ou morrem a partir de momentos que marcam rupturas e necessidade de uma nova ordem política, econômica ou social”*, conclui-se que o país viveu em noventa e sete anos, várias rupturas que ensejaram a necessidade de instaurar novas Cartas Magnas, sejam elas outorgadas ou promulgadas.

A última constituição desse ciclo, atualmente em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, considerada para alguns como Constituição cidadã, preconiza a harmonia e a independência, ao menos de forma utópica, em seu “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.



No entanto, após trinta e cinco do advento da Constituição de 1988, a harmonia e independência continuam a ser objeto de discussão e almeçadas pela sociedade, principalmente, pelos atores que protagonizam o sistema político do país. Cabe aos novos teóricos idealizadores pensarem e proporem um novo modelo de separação de funções estatais, haja vista o atual modelo, ou ser decadente desde o nascituro, ou ser ideal para outra realidade contextual, que não parece ser a brasileira.

Em caso de permanência do atual modelo, não se pode descartar a necessidade de aperfeiçoá-lo, pois como bem frisa Paixão, que a separação das funções de Estado, “desde que elaborada teoricamente em *Do espírito das leis*, jamais deixou de ser revista e adaptada. Esta é, talvez, a principal razão que possibilitou à doutrina ter uma duração tão longa no tempo. A separação de poderes permanece porque muda” (PAIXÃO, 2007, p. 30).

3.2 Contexto da função política do STF e o seu ativismo judicial

Ao discorrer sobre a função política da Corte Constitucional, deve-se perguntar: *O que é política?* E, tendo em vista que os membros do STF não são filiados a partidos políticos e não são eleitos por meio do voto, qual o tipo de política é (ou ao menos deveria ser) realizada pelos ministros? Tais interrogações não são difíceis de respondê-las, mas suas respostas perpassam por “caminhos” etimológicos, práticos, funcionais, jusfilosóficos, ideológicos e históricos.

Para responder a tais indagações, não é preciso discriminar individualmente esses “caminhos”; mas basta discorrer todos de forma aglutinada, sucinta e contextualizadas para compreensão, uma vez que discorrer de forma analítica exigiria um trabalho acadêmico, talvez, de nível *stricto sensu*, mais aprofundado e este não é objetivo do presente artigo.

Cabe aqui citar Paixão, na sua Tese de doutorado, em que discorre sobre a função política do STF. O mesmo afirma que a Corte Constitucional

não faz política partidária, é evidente, até porque ela é vedada aos juízes pela Constituição brasileira. Mas faz política, no sentido de assumir uma parcela da tarefa de definir os rumos que devem ser seguidos pela Nação brasileira. Faz política no sentido de estabelecer – em concorrência com outros atores políticos, por certo – as diretrizes para as ações futuras do Estado brasileiro e da sociedade. E faz isso, diferentemente dos demais atores políticos, por meio de decisões judiciais (PAIXÃO, 2007, p. 11).

Haja vista o fato que modelo atual de política representativa exige a filiação partidária e, conseqüentemente, a eleição por meio do sufrágio universal, entende-se, então, que a política vai muito além dos cargos eletivos nas funções estatais executiva e legislativa. Numa rápida pesquisa na Internet é possível encontrar a etimologia da palavra política e, por conseguinte, melhor compreender os “tentáculos” políticos presentes, também, nas atribuições do judiciário para solução das muitas litigâncias presentes no Estado. No site Mundo Educação, tem-se a seguinte definição

a palavra “política” provém do grego “politéia”. Tal palavra era usada para se referir a tudo relacionado a polis (Cidade-estado) e à vida em coletividade. Portanto, podemos chegar a um ponto em comum ao afirmar que a política está relacionada diretamente com a vida em sociedade, no sentido de fazer com que cada indivíduo expresse suas diferenças e conflitos sem que isso seja transformado em um caos social (MUNDO EDUCAÇÃO, 2023)

O judiciário, ao se deparar com temas conflitantes, muitas vezes, é o autor da litigância, e exige por parte do Estado uma contrapartida na prestação de serviço da saúde pública, por exemplo, para realização de uma cirurgia, inadiável e indispensável para dignidade da pessoa humana, aqui, certamente o juiz estará realizando função política ao decidir tal litígio.

Uma vez compreendido que a função política do judiciário está presente nas suas decisões e que

(...) na visão tradicional, é considerado neutro, apolítico, isto é, um ramo do poder que decide segundo critérios técnicos, despreocupado com as conseqüências que suas decisões possam produzir na sociedade, desde que estejam de acordo com a letra da lei. Um ramo do poder que meramente aplica a lei, da forma mais fiel possível aos desígnios do legislador. (PAIXÃO, 2007, p. 19).

diante disso, vem a pergunta: *até que ponto os membros do STF decidem de forma neutra, ou seja, desprovidos de ideologias políticas?* Responder a tal pergunta ficará para um próximo artigo, em que devemos fazer uma pesquisa e discorrer o perfil político-ideológico de cada membro, o envolvimento nas políticas partidárias, antes de adentrar ao pretório excelso, e buscar compreender, se, de fato, ao votarem estão despidos das suas militâncias e crenças ideológicas ou se as mesmas interferem de alguma forma nas decisões.

No entanto, vale adiantar que a neutralidade do judiciário e da membresia de sua Corte Constitucional tornou-se utópica e, por isso, tem sofrido inúmeras críticas do meio sócio-

político, pois o embrião jusfilosófico que mais influencia as decisões judiciais é o Neoconstitucionalismo, originado no pós-genocídio da Segunda Guerra Mundial, período de maior neutralidade judicial em virtude da predominância da letra da lei positivada pelo Estado, ou seja, o juspositivismo que tem como seu expoente, Hans Kelsen.

A partir desse pressuposto, entende-se que com o advento dessa jusfilosofia, o mundo jurídico passa a ter uma nova hermenêutica constitucional, com ganhos no direito natural e perdas pelo excesso nas decisões ativistas, que transcendem a letra da lei, ou seja, o juiz deixa de ser a “a boca da lei” e passa a “lei ser a boca do juiz”.

Nesse diapasão, o jurista Ives Gandra Martins é um clássico defensor de que a constituição deve ser interpretada de acordo com a intenção do constituinte, em contraposição ao Neoconstitucionalismo. Na sua sapiência, Martins expõe sua crítica esta teoria jusfilosófica afirmando que

o neoconstitucionalismo é uma mania que pegou nos magistrados brasileiros que permite ao juiz legislar. O juiz interpreta o texto constitucional à sua imagem e semelhança, mas o Judiciário não pode ser legislador positivo. Se o povo chegar à conclusão de que o texto constitucional precisa ser mudado, continua o professor, que procure o Congresso, que é representante da população, e não um magistrado, que passou num concurso (MARTINS apud CANÁRIO e MELO. 2012).

Diante dessa nova hermenêutica neoconstitucional, ou melhor, desse ativismo judicial, em que a lei passou a ser “a boca do juiz”, faz-se necessário destacar parte da entrevista do então juiz da suprema corte norte-americana Antonin Scalia, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no dia 15 de maio de 2009. Na referida entrevista, os entrevistadores² indagaram sobre a Teoria do Originalismo Constitucional, ou seja, a teoria em que se interpreta a constituição de acordo com o que o constituinte originário propôs à época, da seguinte forma:

Pergunta: Nesse sentido, a principal preocupação por trás da sua teoria de interpretação constitucional é com a democracia?

Resposta: Perfeitamente. A menos que sejamos governados por juízes.

² Caio F. Rodriguez, Professor da FGV Direito Rio. *Master of laws* (LL.M.) pela Harvard Law School (EUA); Marcio S. Grandchamp, Professor da FGV Direito Rio. *Master of laws* (LL.M.) e doutorado em Direito (JSD) pela Yale Law School (EUA).



Pergunta: (...) Qual é o cerne da sua teoria sobre interpretação constitucional?

Resposta: Falando assim, parece que se trata de uma teoria singular, inventada por mim, mas, na verdade, é o que costumava ser a ortodoxia nos EUA. (...). A Constituição é uma exceção em um regime democrático. Como ministro da Suprema Corte, minha função mais importante é a de dizer ao povo norte-americano, à maioria, que as pessoas não podem fazer tudo que querem. É algo muito antidemocrático e a única coisa que me autoriza a agir assim é a Constituição. O povo norte-americano adotou a Constituição. Não foi uma invenção da Suprema Corte. Foi o povo limitando a si mesmo, a democracia limitando a si mesma. O povo determinou que, no futuro, buscas e apreensões arbitrárias não seriam admissíveis, que não haveria restrições à liberdade de expressão e assim por diante. É uma decisão do povo (SCALIA, 2009 *in* Biblioteca Digital FGV, 2023).

De acordo com as afirmações críticas ao neoconstitucionalismo de Scalia e Ives Gandra, caberia à sociedade brasileira, ainda que desprovida de conteúdo jurídico para entender o que é neoconstitucionalismo ou originalismo constitucional, perguntar-se: *elegemos nas urnas 513 parlamentares no Congresso Nacional para nos representarmos ou 11 ministros para Corte Constitucional?* Essa pergunta é importante para que o eleitor brasileiro, no período do sufrágio universal, faça uma reflexão social e política e saiba que sua decisão no voto tem, também, reflexo no mundo jurídico.

Com relação à Teoria do Originalismo Constitucional, vale aqui contextualizar sua filosofia e origem. Tal teoria jusfilosófica nasce na metade do século XX, período em que Suprema Corte norte-americana se destaca por seu ativismo judicial sob o comando do chefe de justiça Earl Warren (1891-1974), nomeado pelo presidente republicano Dwight D. Eisenhower, que geriu o país entre os anos de 1953 a 1961.

Flavio Maltez Coca, em artigo publicado sobre o ativismo judicial e discorrendo sobre a Corte Warren, cita que

como Juiz Presidente por quinze anos, Warren tinha liderado uma revolução judiciária que transformou muitos relacionamentos sociais na América. A Corte Warren muitas vezes lançara o país em amargas controvérsias, como quando decretou o fim da discriminação racial apoiada publicamente, banuiu as orações nas escolas públicas e estendeu as garantias constitucionais aos negros, aos indigentes, aos comunistas e a todos os que eram interrogados, presos ou detidos pela polícia (COCA, 2011).



Em virtude do ativismo da Corte Warren, o presidente Richard Nixon (1969 - 1974), e o partido republicano lideraram um movimento conservador no país com os olhos na composição da Suprema Corte e suas respectivas decisões ativistas revolucionárias. Com Ronald Reagan, na presidência da república, eleito em 1980, a política norte-americana atinge o seu ápice conservador com a indicação daquele que era considerado como o maior expoente do originalismo, Richard Heron Bork. De acordo com o Partido Republicano, conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos,

se a Corte Warren foi uma *revolução constitucional*, então era necessária uma *contrarrevolução constitucional* e a estratégia era de todo conhecida: a ação política do Presidente na formação da Suprema Corte. Os Republicanos povoariam a Corte com juízes conservadores que concordavam com a ideia de que a Corte Warren representava *tudo aquilo que a Suprema Corte não deve ser* (CAMPOS, 2012, p. 69).

No entanto, Bork sofreu uma campanha massiva liderada pelo partido Democrata, de viés progressista, e pela mídia televisiva. Esse movimento contrário à sua indicação, obteve vitória no Senado, com a rejeição de Bork por 58 a 42 votos. Considerado o maior expoente do conservadorismo americano no meio jurídico, a sua defesa teórica é de que a hermenêutica constitucional deve ser conforme os pais legisladores propuseram na Constituinte. Esse conservadorismo ficou conhecido como Teoria do Originalismo Constitucional.

Tendo em vista que o STF é uma “réplica”, com algumas anomalias, da Suprema Corte norte-americana, as decisões da Corte Warren refletiram significativamente no Brasil com as decisões ativistas pelo pretório excelso, seja pelo pleno ou por um de seus membros.

Portanto, é importante a sociedade entender que as escolhas eleitorais refletem nas interpretações jurídicas. Mas há quem acredite que, ainda que lentamente, os cidadãos estão compreendendo a função política do STF e suas decisões ativistas, pois a pouco mais de uma década a sociedade conhecia o nome de todos os jogadores da seleção brasileira e desconhecia o que era a Corte Constitucional; mas na contemporaneidade, a sociedade conhece os nomes de todos membros do STF e desconhece o nome da maioria dos jogadores da seleção brasileira de futebol.

Nesse prisma, conclui-se que tal como nos EUA o eleitor escolhe o Presidente da República com os olhos nas possíveis escolhas dos juízes da Corte Suprema; no Brasil alguns eleitores já compreendem magnitude das escolhas no sufrágio universal e o seu alcance no meio

jurídico. Ou seja, não basta eleger apenas o Presidente da República para escolher um ministro, mas entender que o Senador Federal, representante do estados-federados, tem um papel fundamental na composição da membresia da Corte Constitucional.

3.3 O Senado Federal e a Presidência no sistema de freios e contrapesos

A palavra *Senado* tem natureza etimológica na Roma Antiga, em que o *senatus* era composto por homens mais velhos, ou seja, os mais sábios e experientes membros da sociedade ou classe dominante. Geralmente, no Brasil, os membros do Senado são ex-governadores, ex-deputados e ex-presidentes da república. Logo, conclui-se que seus membros têm larga experiência política para revisar as propostas de sua “irmã legislativa”, a Câmara Federal, composta, geralmente, por jovens que sonham ver o país melhor e mais justo. Às vezes, tais sonhos juvenis presentes no Congresso Nacional fazem surgir propostas surreais do ponto de vista lógico-jurídico e político, e que na casa revisora, composta por homens sábios e experientes, farão as devidas correções para inserções no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma vez entendido que o Senado Federal é casa dos “mais sábios” e mais velhos, é importante a compreensão de que esta é composta de representantes dos estados-federados, ou seja, cada estado possui três senadores. Dessa forma, as unidades federativas possuem o mesmo peso nas decisões, principalmente, na composição e na frenagem do STF, pois esse é princípio de freios e contrapesos das funções estatais.

Sobre o sistema de freios e contrapesos, o Barão de Montesquieu, em sua obra *Do Espírito Das Leis*, que perpassará à posteridade, até que se proponha algo inovador e eficiente, frisa que “[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele”. Logo, é necessário que tenha limites para que não possa abusar do poder, ou seja, o próprio poder freará o poder. O jurista brasileiro Pedro Lenza (2014, p. 545) denomina tal sistema Princípio da Interpenetração, ou seja, uma ideia de controle recíproco para evitar concentração e excesso de poder nas mãos de um governante.

No tocante ao STF, o Senado Federal tem um papel de suma importância no sistema de freios e contrapesos. Haja vista que o STF possui, além da função judiciária uma função política, o Presidente da República indica nomes, a partir de critérios subjetivos previstos na Carta Magna, como “notável saber jurídico e reputação ilibada” para composição da Suprema Corte e a Casa Alta, com seus membros mais “sábios” e mais velhos, que tem a atribuição de



aprovar ou rejeitar as indicações do chefe do executivo. Porém, em caso de crimes de responsabilidade cometidos por membros da Corte, a Casa Alta tem, de acordo com a CF/88 em seu art. 52, II, a atribuição privativa de processar e julgar a membresia da Corte Constitucional.

Na história do Brasil, apenas o segundo presidente da república, Floriano Peixoto, que geriu o país entre os anos de 1891 a 1894, teve cinco nomes indicados para o STF rejeitados pelo Senado Federal. Na história político-jurídica do STF, pode-se destacar duas situações que contribuíram para o Senado reprovar tais indicações, são elas: ausência de notável saber e o conflito entre presidência da república e o senado federal. No entanto, analisar e contextualizar o motivo político para a casa alta rejeitar não é objetivo precípuo do presente artigo.

Dando um salto quântico na história política do país, com os mais variados conflitos e interferências políticas na Corte até chegar a sua membresia atual, cabe destacar o caso de consanguinidade na indicação de nomes ao STF. Um caso emblemático ocorreu quando o então Presidente Fernando Collor de Mello, primeiro presidente eleito após o regime militar, indicou o seu primo para o STF, Marco Aurélio de Mello. Após esse caso esdrúxulo, todos os demais presidentes da república indicaram ministros, sem o fator consanguinidade, no entanto, nomes que ocuparam cargos públicos no poder executivo, durante as suas gestões, como, por exemplo, Ministro da Justiça e Advocacia-Geral da União, nomes que advogaram para o partido político que integram e/ou para a própria pessoa do presidente.

Diante dessas peculiaridades políticas brasileiras, muito próximas do adjetivo político denominado jabuticaba, que apenas orbitam e, talvez, não adentram o epicentro do critério subjetivo do “notável saber jurídico”, cabem as seguintes perguntas:

1º A gratidão ao Presidente da República pela indicação ao STF perdura até antes de usar a toga ou perpassa o seu uso e o direciona nas suas decisões judiciais, haja vista que um ministro é ser humano e detêm de paixões, emoções, filosofias e ideologias?

2º Tendo em vista que um Presidente da República indica um nome mais alinhado com suas ideologias políticas e pessoais, pode-se considerar em sua plenitude que o STF é imparcial em suas decisões que envolvem conflitos de interesse do chefe do executivo, princípio este balizador do judiciário?

3º A Casa Alta, na sua função de frear e contrapesar, não deveria rejeitar tais indicações que ultrapassam a subjetividade constitucional e mergulham numa pessoalidade presidencial?

4º Nesse caso, o Senado Federal não estaria incorrendo numa omissão diante da sua função no sistema de freios e contrapesos?

5º Tendo vista que o modelo de Suprema de Corte é importado dos EUA, com algumas diferenças, em que o seu sistema jurídico, *common law*, difere do brasileiro, *civil law*, não deveria a Constituição Federal sofrer uma emenda em que reformulasse o *modus operandi* de composição do STF e que envolvesse outras instituições do estado democrático, além da escolha unilateral do presidente?

6º Tendo em vista que o sistema de presidencialismo é o de coalizão, termo cunhado pelo cientista político Sérgio Abranches, em que o governo negocia cargos e vantagens com os parlamentares em troca de apoio no Congresso Nacional em matérias de seu interesse, é possível afirmar que o Senado Federal de fato e direito realiza uma sabatina com poder de aprovação e rejeição ou apenas uma formalidade constitucional em que os senadores “*batem no ombro do futuro ministro, que possivelmente poderá julgá-los, e dizem: ei! quando eu precisar de você...*”?

7º Por fim, o modelo importado dos EUA não estaria defasado, haja vista que a realidade contextual do Brasil tem suas próprias peculiaridades “jabuticabais³”?

Muito embora sejam apenas sete perguntas, não taxativas, respondê-las diante da teoria proposta por Montesquieu seria uma tarefa relativamente simples. Porém, respondê-las e propor uma saída, diante das peculiaridades contextuais ao longo da história política do país, é objeto de estudo desafiante para qualquer cientista político e jurista. Tal desafio orbita o sistema político brasileiro e expõe os mais diversos interesses dos seus integrantes.

A partir da última pergunta e vendo-a como uma premissa desafiante para, então, inovar a estrutura jurídico-política do sistema brasileiro, cabe citar o professor Dalmo Dallari:

Seria mais razoável e mais condizente com a democracia, permitir que entidades representativas de advogados, juízes e do Ministério Público, bem como os Tribunais Superiores Federais e estaduais, apresentem sugestões de

³ Neologismo, a partir do termo jabuticaba, para se referir a situações inusitadas na política brasileira.



nomes. Entre os três que obtivessem maior números de indicações, o Presidente da República escolheria um nome para ser submetido à aprovação do Senado. Esse procedimento daria publicidade ao processo, evitando a premiação de “amigos do rei” assegurando a legitimidade do escolhido (DALLARI, 1996).

Nesse diapasão, o jurista James Marins, citado por Gonçalves e Nunes, desprovido de visão utópica de uma Corte imparcial, afirma que “Qualquer presidente da República que tenha a prerrogativa de indicar ministros vai escolher alguém que lhe pareça de confiança” (MARINS, 2002 apud Gonçalves e Nunes, 2019).

Segundo Rodrigues,

no Brasil não existe uma união direta dos poderes, mas que acontece uma ligação não há dúvidas, pois o Presidente da República dificilmente escolherá para a “Corte Suprema” um ministro que não esteja alinhado com seus interesses políticos (RODRIGUES, 2013 apud TIBOLLA, 2015, p. 11).

Não muito diferente, e muito óbvio a decadência do modelo, Bernard Schwartz (1966), em ano pretérito à hodierna Carta Magna Brasileira, discorrendo sobre *O Direito Constitucional Americano*, pais este que serviu como referencial para instauração da Corte Brasileira, afirma veementemente que

não se pode esperar que o Presidente nomeie indivíduos, por mais importante que sejam, cujos pontos de vista em questão de política pública sejam radicalmente diferentes do seu próprio. Ele tem obrigações políticas e pessoais que, por serem humanas, procurará cumprir por meio da nomeação para Suprema Corte. Além de ser Presidente ele é o líder de um partido político e terá sempre em mente as suas considerações de ordem partidária (1966, p. 102, apud GONÇALVES; NUNES, 2019).

Diante das perguntas provocadas acima, que são úteis para reflexões e conclusões, vale reforçar a defesa do princípio da imparcialidade do judiciário com a citação do Ministro Alexandre de Moraes (2005, p. 22) que “seria interessante que a estrutura e composição do Supremo Tribunal Federal se afastasse do modelo americano, aproximando-se do modelo europeu de Tribunais Constitucionais, por sofrer menos influências políticas do Presidente da República”.

Ainda, Moraes continua a defender fortemente a imparcialidade e afirmar que são necessárias:

algumas alterações na composição, forma de investidura, garantias e impedimentos dos membros do Supremo Tribunal Federal são absolutamente indispensáveis para a preservação de sua legitimidade e ampliação de sua independência e imparcialidade (MORAES, p. 23, 2005).

Debates políticos e jurídicos em torno da atual modalidade de indicação de ministros para o STF, perduram na história da república e, dessa forma, pode-se afirmar que é infundável e necessária a sua discussão e, além de tudo, necessária a sua reformulação. Com base para questão pontual, é interessante citar o então jurista Luis Flávio Gomes, em sua obra *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*, em que o nosso hodierno e ultrapassado modelo de nomeação é

[...] muito criticado porque dá ensejo a uma possível ingerência política nos destinos da Justiça. Se de um lado não se vislumbra razão para se sustentar o concurso público, como meio de seleção dos juízes da Corte Suprema, de outro, tampouco pode-se concordar com a forma atual, retrógrada, ultrapassada e típica dos regimes autoritários (GOMES, 1997).

Portanto, como o presente trabalho não tem pretensão em findar a discussão entre a relação entre o Senado Federal e Presidência da República em torno da indicação de ministros para o STF, conclui-se o tópico aqui em discussão, defendendo que haja uma reforma constitucional através de emenda, a fim de aperfeiçoar o sistema de freios e contrapesos, pois tal sistema, ou está decadente desde o nascituro, ou foi idealizado para outra realidade contextual que não parece ser a brasileira.

Por fim, fica uma pergunta apenas para reflexão e que leitor tire suas próprias conclusões: *quem julga o julgador?* Pois quem o escolhe estar bem notório no mundo real. Porém, saber quem o julga, sabe-se no mundo ideal do “dever-ser” previsto na Carta Magna, aparentemente, utópica com seus mais variados sonhos de um Brasil justo, equânime e, é claro, de harmonia e independência entre suas instituições democráticas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após discorrer, no presente trabalho, sobre o atual contexto jurídico-político do país, em que a desarmonia tem imperado entre as instituições democráticas nos últimos anos, concluir tal temática é uma tarefa árdua. Entretanto, haja vista que é uma abordagem contextualizada da origem do ativismo judicial, da teoria do originalismo constitucional, do



princípio da separação das funções estatais e da função política do STF, ainda que de forma sucinta, pode-se inferir conclusões para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Nessa ótica, conclui-se que é preciso que a sociedade cobre e o Congresso Nacional trabalhe para emendar a Carta Magna com uma nova roupagem no processo de escolha dos Ministros da Corte, para que essa possa ter a participação de outras instituições e democratizar o perfil político, jurídico e ideológico da membresia do pretório excelso. Até que o sonho dessa nova roupagem mais democrática se concretize, é preciso que a instituição responsável, no modelo atual do Senado Federal, de fato, exerça o seu papel constitucional tanto na sabatina quanto no processar e julgar dos ministros, como previsto na CF/88 em seu art. 52, II, não como uma forma de perseguição, mas para que de fato e direito haja freios e contrapesos, pois este é o princípio da teoria de Montesquieu.

Contudo, pode-se afirmar que a Teoria do Originalismo Constitucional, mesmo que não predominante e também passível de críticas por juristas mais alinhados ao Neoconstitucionalismo, é uma teoria que preserva a norma jurídico-política aprovada pelo legislador constituinte. Pois tal teoria, não abre espaço para inferências exógenas à Carta Constitucional e determina que toda e qualquer mudança seja embrionada no seio da sociedade e submetida ao crivo de seus representantes legais escolhidos em sufrágio universal. Dessa forma, entende-se que estaria o país mais próximo de uma democracia absoluta, sem relativos conceitos e interpretações.

Enfim, dissertar sobre essa temática é mergulhar na história, na política, no direito e, é claro, na ciência política. Porquanto, para se construir um tópico, ou até mesmo um simples parágrafo, é preciso ler diversas obras para consolidar uma base teórica, sem excessos e paixões, fundamentada em autores das mais variadas envergaduras, desde graduandos a doutores renomados. Estudar tal tema, pode-se afirmar categoricamente que contribuiu de forma significativa para a construção de um arcabouço teórico que será de fundamental importância na vida profissional deste futuro operador do direito, que aqui fala por meios destas modestas letras organizadas em palavras e textos. Portanto, este texto, de um autor neófito na ciência jurídica, está passível de receber críticas e contribuições para, após uma reflexão, analisar o passado, entender o presente e prognosticar o futuro.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Juliana. **Poder Moderador**. *Toda Matéria*, 2023. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/poder-moderador/>. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 de junho de 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituição do Império de 1824**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html#:~:text=Do%20Poder%20Moderador.,harmonia%20dos%20mais%20Poderes%20Politicos.>> Acesso em 30 junho 2023.

CANÁRIO, P.; MELO, J.O. **Liderança Conservadora: Morre Robert Bork, autor do originalismo constitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-26/originalismo-constitucional-perde-autor-principal-expoente-robert-bork> Acesso em 08 junho 2023.

COCA, Flávio Maltez. **A Corte Warren e a dessegregação racial nos Estados Unidos da América**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1839>. Acesso em: 3 jun. 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996

GOMES, L. F. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, A.C., NUNES, R.S. **A NOMEAÇÃO DOS MINISTROS DO STF: uma ofensa a separação dos poderes?**. Disponível em: <https://www.unicerp.edu.br/revistas/rumos/20191/artigo6.pdf> Acesso em 06 junho 2023.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O ativismo judicial e a ordem constitucional**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/47096>. Acesso em: 3 jun. 2023.

MONTESQUIEU, Chales de Second, Baron de, 1689 - 1755. **DO ESPÍRITO DAS LEIS/Montesquieu**; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martim Claret, 2010. (Coleção a obra-prima de cada autor; 9).

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.



Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>. Acesso em: 6 jun. 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro**. *Revista Direitos e Liberdades*, v. 19, n. 01, p. 09, disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.01.09.pdf. Acesso em: 04 jun. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional: Breves Notas Comparativas sobre a Estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana**. [S.l]: Sibi, 2005. v. 05, p. 07-32. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/viewFile/665/228> Acesso em 29 julho 2023.

MUNDO EDUCAÇÃO. **Política**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/politica/>. Acesso em 30 junho 2023.

RODRIGUES, Sergio Augusto Santos. O modelo de escolha dos ministros do STF. **OAB Editora**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235068896174218181901.pdf>. Acesso em 29 julho 2023.

RODRIGUEZ, Caio F.; GRANDCHAMP, Marcio S. **Teorias contemporâneas da interpretação constitucional: entrevista com o ministro Antonin Scalia, da Suprema Corte dos EUA**. *Biblioteca Digital FGV*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4108/2866>. Acesso em: 06 jun. 2023.

SENADO FEDERAL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: acompanhada das leis orgânicas publicadas desde 15 de novembro de 1889**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224221>. Acesso em 30 junho 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Constituição 30 anos: As Constituições Brasileiras de 1824 a 1988**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias>. Acesso em 30 junho de 2023.

TIBOLLA, Diana; BARÉA, Marina. **A escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. *Selo de Direitos e Cidadania*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 1-12, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/sdc/article/view/7772/4056>. Acesso em: 05 jun. 2023.

