

Porteiro ou guardião? O Supremo Tribunal Federal em face aos direitos humanos

Antonio Escrivão Filho

MAIO DE 2018

■ A forma de escolha dos ministros do STF, fundada sobre a indicação presidencial e aprovação pelo Senado, aliada à vitaliciedade e remota hipótese de impedimento, produziu a partir de 1988 uma Corte forte em suas bases de independência judicial e de grande influência sobre o sistema político brasileiro, mas tímida e conservadora na promoção, proteção e efetivação de direitos fundamentais. Sem qualquer referencial de legitimidade, participação e controle social, o destino é a adesão a uma cultura autoritária.

■ Com o advento da Constituição de 88' e a transição para a democracia, o sistema de justiça e em especial o STF expandiram exponencialmente sua influência, poder de intervenção e controle judicial sobre a política e a sociedade, agora sob a blindagem de um modelo absoluto de autonomia e independência judicial. Um elemento essencial para a compreensão dessa expansão, é a ausência e negação de um referencial de participação e controle social sobre a condição política da justiça, o que assume caráter especial para o STF.

■ É preciso avançar para um processo de regulamentação da indicação presidencial para o STF, instituindo transparência e participação social, podendo contemplar uma chamada e delimitação pública de candidaturas, complementada com consulta pública virtual ou via audiência e sabatina. De modo complementar, as duas vagas do CNJ destinadas para a representação da sociedade devem ser preenchidas a partir de chamada pública de candidaturas, audiência e deliberação social sobre a indicação de uma das Casas Legislativas (Câmara e Senado).

■ Seria interessante avançar para um sistema de composição de comissões para a formulação de listas de candidatos à Corte, ou mesmo a destinação de uma cota na composição da Corte para uma/um candidato indicado pela sociedade. Também é relevante estabelecer medidas afirmativas que imprimam efetiva diversificação de escolhas, fugindo ao perfil liberal conservador e centrista apontado na literatura, notadamente um perfil de Ministros do STJ e advogados de grandes bancas de advocacia.

■ A esta altura parece consenso a necessidade de se estabelecer um regime de mandatos para os membros do Tribunal, pois o cargo não pode ser ocupado por mais de vinte anos por uma mesma pessoa, como usualmente acontece. Além disso, cumpre estabelecer novas formas de quarentena a ser cumprida com a saída do cargo. No tangente à remoção, o modelo atual relega o instituto à representação de impeachment perante o Senado Federal, o que certamente garante estabilidade e independência para os membros da Corte, mas poderia ser aprimorado talvez com a possibilidade de referendo ou recall, a exemplo da experiência japonesa e a "retention election" do judiciário estadual estadunidense.

Sumário

Contexto: a Constituição e o Supremo têm história	3
Contornos políticos do STF: porque se justifica essa agenda?	6
Nomeação de jure e escolha de facto: a arquitetura política das indicações para o STF	11
Curto-circuito histórico: autonomia, independência e protagonismo judicial no Brasil	16
A ocasião faz a alteração: as PECs sobre indicação para o STF	24
Referenciais empíricos da análise: as PECs 473-A/2001 (Câmara) e 44/2012 (Senado), e as experiências internacionais	34
Considerações finais: o que as PECs não dizem, e a agenda da democratização da justiça em face dos direitos humanos	42
Referências bibliográficas	48



Contexto: a Constituição e o Supremo têm história

Às 15h50 do dia 05 de outubro de 1988, o presidente da Assembleia Nacional Constituinte declarava promulgada a carta que ele notabilizaria, naquele momento, como a Constituição Cidadã. Fruto do que certamente se demonstrou o maior processo de mobilização social às voltas da institucionalidade brasileira até hoje, encerrava-se ali um contraditório e controlado processo constituinte, que inaugurava, por sua vez, um novo pacto no âmbito da organização política da sociedade brasileira.

Seja pelo deslocamento textual do rol dos direitos fundamentais logo para o já consagrado artigo 5º da Constituição Cidadã, em contraposição à sua localização no artigo 150 na Constituição autoritária, seja pela nova extensão conferida a estes direitos, no bojo da intensa mobilização de forças sociais (agora LXXVIII incisos em oposição aos 35 pará-

*Texto inserido no âmbito do Projeto “Caminhos para o STF que queremos”, desenvolvido pela Articulação Justiça e Direitos Humanos (JusDh), em parceria com a Fundação Friedrich Ebert (FES), sob coordenação de Luciana Pivato (JusDh) e Gonzalo Berron (FES), a quem agradeço os comentários e delineamentos à versão que se apresenta. O projeto contou com a ampla contribuição das/os membros da JusDh, bem como da participação de Beatriz Vargas, Élide Lauris e José Geraldo de Sousa Júnior no workshop, realizado em Brasília no dia 01.11.2017, a quem agradecemos desde logo os comentários e contribuições aos rumos do trabalho. De um modo especial é preciso mencionar e agradecer o belo trabalho coletivo de levantamento das Propostas de Emenda Constitucional e das experiências internacionais, mais especificamente dos modelos de nomeação e composição das Cortes Constitucionais de diferentes países, a saber: Argentina por Maria Eugênia Trombini (Terra de Direitos), Equador e México por Larissa Pirchiner (Coletivo Margarida Alves), África do Sul por Alynne Andrade (IBCCrim), Portugal e Inglaterra por Élide Lauris (Fórum Justiça) e Canadá por Guilherme Manhães (Escritório Schwalb Légal/Montreal).

grafos do modelo anterior), a ideologia de afirmação de direitos individuais e sociais em face do Estado apresenta-se como a pedra angular do novo regime constitucional de enunciado democrático no Brasil.

Respondendo a uma fórmula político-filosófica bastante lógica, a Constituição de 1988 representava, naquele momento, não apenas a derrocada de um regime autoritário, mas refletia a um só tempo a ascensão de novas forças sociais forjadas no ambiente de um duplo deslocamento do *locus* e dos sujeitos políticos, que assumem a condição histórica de disputar e participar do espaço de deliberação sobre quais são os direitos, quem pode exercê-los e como são acessados em nossa sociedade.

Emergem ali os movimentos sindicais e sociais, em uma variada gama de organizações e diversidade de sujeitos que, partilhando de carências e opressões cotidianas, desenvolvem uma identidade de resiliência que proporciona, a partir da solidariedade e do reconhecimento, a tradução semântica da violência em injustiça, em um processo dialógico de formação de consciências que projeta o indivíduo para o espaço público, sob a forma histórica de sujeito coletivo de direitos.

Re-conhecendo a política como o campo constitutivo (de criação) e instituinte (de efetivação) de direitos, antigos e novos movimentos sociais, urbanos e rurais, comunitários e eclesiais, locais e nacionais, de gênero e étnico-raciais entram em cena, primeiro deslocando o *locus* da ação política dos espaços institucionais para achá-la na rua, espaço público por excelência, “onde cada um de nós é um pouco mais dos outros do que de si mesmo, onde mora o acontecimento” – nas palavras de Cassiano Ricardo – e, depois, ocupando também os espaços institucionais para então disputar a participação no próprio processo constituinte de 1987-88.



Assim que, se não parece possível afirmar a existência de um regime democrático sem direitos fundamentalmente referidos à cidadania – ou seja, às garantias de dignidade, bem estar social e participação ativa na vida política da sociedade – não soaria lógico conceber um regime de direitos sem identificar que, por detrás da sua conquista, traduzida em reconhecimento jurídico-institucional, estão os sujeitos que irromperam a história, superando violências, exploração e opressões cotidianas para, a cada novo momento, a cada nova emergência em luta social, afirmar novos direitos anunciados, como diríamos com José Geraldo de Sousa Júnior (2016), como expressão da legítima organização social da liberdade.

Em toda a sua complexidade filosófica, no ambiente político a fórmula histórica revela-se em simplicidade: novos sujeitos anunciam novos direitos e novas instituições voltadas para a sua garantia e efetivação. Assim se fez a dimensão formal da Constituição de 1988, em seu extenso rol de direitos e garantias fundamentais, mas tal não foi a sorte da disputa em torno do desenho e da organização institucional do poder. Como relata Roberto Gargarella (2011), no ambiente de transição latino-americana para regimes de enunciado democrático, as forças progressistas investiram suas energias na garantia de direitos fundamentais, mas a organização institucional do poder continuou, nas constituintes, hegemônica pelo conjunto de forças liberais-conservadoras.

Ocorre que o reconhecimento constitucional de direitos, reivindicados na rua, pouco ou nada garante no cotidiano da vida social, sobretudo em uma sociedade fundada sobre relações de poder orientadas por intensos vetores de raça, gênero e classe. Como afirma Herrera Flores (2009) desde a teoria crítica

dos direitos humanos, o fato é que, sem ignorar a sua importância na criação de condições históricas de proteção de direitos, o reconhecimento institucional de direitos não constitui uma instância absoluta, algo que se realiza em si mesmo, quando desprovido ou desacompanhado de garantias como uma base econômica, uma rede de solidariedade social e um ambiente cultural orientado para o reconhecimento e compromisso com a efetivação de direitos.

Em sentido complementar às dimensões sociais trazidas pelo jusfilósofo espanhol, de pouco ou nada adianta o reconhecimento jurídico-normativo de novos direitos, se ele não for acompanhado por uma equivalente e muitas vezes drástica transformação dos órgãos estatais, institucionalmente desenhados e politicamente delegados para o exercício das funções de proteção, defesa e efetivação de direitos.

Em outras palavras, a positivação de direitos e até mesmo de direitos humanos desfaz-se em encantos e ilusões imobilizantes se, de um lado, não conta com um processo social de tomada de consciência, reivindicação e mobilização instituinte e, de outro, não encontra uma institucionalidade concebida, organizada e culturalmente comprometida com a proteção e efetivação destes direitos. De pouco ou nada adianta novos direitos, se a institucionalidade responsável pela sua implementação (executivo), regulação (legislativo) e aplicação (judiciário) não os acompanhar no processo histórico de mudança política.

Tratando-se de sociedades saídas de regimes autoritários e que, portanto, buscam superar um ambiente político e institucional de violações sistemáticas de direitos humanos, os estudos de justiça de transição apontam para um conjunto de iniciativas, pilares ou



processos que, histórica e por isso concretamente em cada sociedade, devem ser implementados para que a violência política seja superada por uma cultura social, política e institucional de direitos humanos. Dentre estas cinco iniciativas sistematizadas por Ruti Tatel (2003), como a reconstrução da memória, o julgamento e responsabilização dos culpados e a reparação das vítimas e suas comunidades, neste momento nos interessa uma, especialmente referida ao debate sobre a justiça, qual seja, a implementação de reformas institucionais.

Como afirmamos com Fernando Antunes (2017), à noção de reforma das instituições vincula-se, dentre outros aspectos, um caráter de responsabilização, seja institucional ou pessoal, conhecida como depuração, purificação ou saneamento administrativo. A depuração constitui uma das medidas recorrentemente ligadas ao processo de reformas institucionais, constituindo a identificação e exoneração dos indivíduos que perpetraram violações a partir de seus cargos ou funções públicas. Nesse sentido, observam-se, na história, diferentes graus de intensidade na utilização desse mecanismo, talvez sendo a Alemanha Oriental, como descreve Alexandra Brito (2009), a que tenha atingido maior representatividade nesta perspectiva, chegando ao número de cerca de 500 mil pessoas, aproximadamente 3% da população, removidas de suas funções públicas após o nazismo.

Com um distintivo potencial em relação às outras dimensões da justiça de transição, as reformas institucionais causam um impacto direto tanto na recomposição como na projeção de direitos humanos em uma sociedade, recebendo especial atenção àquelas direcionadas para dois núcleos essenciais dos regimes autoritários: o sistema de justiça e a segurança pública.

No Brasil, a temática das reformas institucionais no sistema de justiça ganha interessante e preocupante relevo, ao se observar, de um lado, que a atual Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman – LC nº 35/1979) remonta ainda à legalidade autoritária que, segundo Antony Pereira (2010), se caracterizou como o elemento distintivo do regime militar brasileiro, preocupado em produzir um ambiente de legalidade, orientado para a afirmação de normalidade democrática no funcionamento das instituições políticas do país, em especial o poder judiciário¹.

De outro lado, e aqui ingressamos no objeto deste trabalho, chama especial atenção a relação estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal e a Assembleia Nacional Constituinte², já no ato da sua convocação, passando pelo período de seus trabalhos e, finalmente, no ato de sua promulgação. Convocada pela Emenda Constitucional n.º 26 de 1985, anunciavam-se ali os contornos que o regime militar imprimiria à ANC, no sentido do bloqueio à hipótese de ruptura com a ordem então vigente, arquitetura que seria então reforçada por uma sensível e sugestiva questão institucional inserida no texto da convocação: a indicação de que no ato de sua instalação,

1. Não seria demasiado ressaltar que é a Loman que delimita, ainda hoje, a estrutura que organiza uma gigantesca máquina institucional de 278.500 servidores, 14.900 juízes, 2.380 desembargadores, e 75 ministros de tribunais superiores (CNJ, 2014).

2. Como apontam José Gomes da Silva (1989) e Paulo Bonavides (1991), o contraditório fato do Congresso Nacional ter se convertido, a partir de uma Emenda Constitucional, em um misto de Parlamento e Assembleia Constituinte no ano de 1987 – em detrimento, portanto, de uma convocação originária que proporcionasse o rompimento com a ordem constitucional anterior – confere à Constituinte de 1987-1988 um duplo e controlado caráter de Congresso Constituinte, com uma série de consequências, dentre as quais se destacam, de um lado, o caráter de continuidade institucional, e de outro, segundo Diana Kapiszewski (2011), o caráter excessivamente abrangente e detalhista da Constituição, uma característica de Congressos Constituintes, experiências que tendem a produzir textos extensos (dada à fragmentação das forças internas), nas quais o legislador-constituinte acaba por confundir as duas funções.



a ANC seria presidida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal.

Naquela ocasião, o ministro Moreira Alves, nomeado pelo general Ernesto Geisel, proferiu um discurso afirmando que a ANC selava uma transição sem ruptura constitucional, via conciliação, de modo a encerrar um período revolucionário³. Na mensagem trazida nas entrelinhas da EC nº 26/1985 e verbalizada pelo ministro naquele momento, cabia ao STF fiscalizar os trabalhos da Constituinte e não o contrário. Atribuía-se ao Tribunal, por essa lógica, uma condição superior ao próprio poder constituinte, ente que encarna, na teoria moderna, o referencial primeiro e fundamental de toda a organização do poder estatal: a soberania popular.

Desse modo, o regime delegava ao STF o poder de cogitar sobre a recepção dos trabalhos da ANC e não à ANC – como haveria de se cogitar em relação a um órgão soberano, como o poder constituinte – o poder de romper com a ordem vigente e dissolver uma Corte Constitucional atrelada aos valores jurídicos, políticos e culturais da ordem anterior⁴.

3. Nas palavras do então presidente do STF: “Ao instalar-se esta Assembleia Nacional Constituinte, chega-se ao termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra um ciclo revolucionário” (Alves, 1987, p.11).

4. Neste sentido, não poderiam ser mais objetivas as conclusões de Koerner e Freitas (2013, p. 181) ao analisar a atuação do STF na Constituinte: “Enfim, a mobilização dos ministros para manter o STF tal como existia e para bloquear outras inovações na Constituinte pode ser entendida, por um lado, como parte da estratégia geral dos conservadores em manter intacta a estrutura institucional existente [...]. Assim, a própria insistência dos ministros na manutenção institucional do STF expressava sua aliança com os conservadores. Por outro lado, o apoio dos conservadores à demanda dos ministros pela preservação do STF resultava da intenção destes de frear as mudanças na Constituinte e era a contrapartida ao apoio dos ministros à agenda que defendiam, especialmente no que concernia ao reiterado uso estratégico que faziam do STF para bloquear decisões que consideravam indesejáveis por parte da ANC”.

E desse modo desenvolveram-se os trabalhos da Constituinte, sob intensa e interessada atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando a pauta envergava, em temas da maior intensidade política, para um sentido distinto daquele orientado pela ala conservadora, sob o patriarcal olhar dos militares. Como afirmam Koerner e Freitas (2013, p. 148), “nos momentos críticos, os conservadores mobilizaram o STF como recurso estratégico, o qual foi invocado nos principais conflitos: a respeito das relações entre a Constituinte e os poderes constituídos; das regras internas da ANC e da duração do mandato do presidente Sarney”.

Neste contexto, com o encerramento dos trabalhos da Assembleia Constituinte ficaria selada a condição assumida pelo STF na nova ordem constitucional. Naquela celebrada tarde de 05 de Outubro de 1988, no ato de sua promulgação, Ulysses Guimarães finalmente entregava a guarda da ansiada Constituição, nos termos do seu artigo 102⁵, a um Supremo Tribunal Federal composto, dentre as suas onze cadeiras, por nove ministros indicados por ditadores do regime militar⁶.

Contornos políticos do STF: porque se justifica essa agenda?

Qual o sentido em promulgar uma nova Constituição e delegar a sua delimitação de

5. Constituição Federal de 1988, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...].

6. Sendo eles e suas respectivas aposentadorias: Djaci Falcão (1989), Rafael Mayer (1989), Oscar Corrêa (1989), Aldir Passarinho (1991), Francisco Rezek (1997 – 2ª nomeação), Octavio Gallotti (2000), Néri da Silveira (2002), Sydney Sanches (2003) e Moreira Alves (2003). Os outros dois ministros, que compunham a corte, Carlos Madeira e Célio Borja – aposentados respectivamente em 1990 e 1992 – haviam sido indicados por José Sarney, presidente civil de transição aliado dos militares (Fonte: Site Supremo Tribunal Federal).



sentido sobre os horizontes e limites da interdependência entre os Poderes, bem como da sua relação com a sociedade, a agentes políticos do regime anterior? O que isso representa para o cenário de reivindicação de direitos e, por via de consequência, para a refuncionalização política e reeducação da cultura institucional de justiça no país? Teria algum impacto na afirmação dos novos direitos incipientemente conquistados?

Tais questões nos provocam a refletir com o conjunto da sociedade sobre o desenho político-institucional da justiça brasileira, com enfoque em uma amostra qualificada para este debate, qual seja, os elementos que conformam o processo de seleção e composição do Supremo Tribunal Federal.

Avistando-se um emblemático trintenário da Constituição de 1988 e digerindo um golpe parlamentar, essencialmente forjado sobre uma campanha judicial e midiática de criminalização seletiva da agenda e de agentes políticos da esquerda brasileira⁷ – o que sob outro enfoque pode ser compreendido como a celebração dos trinta anos da Constituição em um cenário de expansão do protagonismo judicial sobre (i) o conteúdo da agenda política, (ii) os limites procedimentais do seu exercício, (iii) a delimitação e controle dos sentidos axiomáticos e financeiros da sua execução e, no limite, (iv) o controle seletivo de quem pode se candidatar no processo eleitoral – ganha relevo não apenas o debate sobre os contornos políticos assumidos pela justiça, como também as respostas que a política projeta sobre o sistema judicial.

7. Sem ignorar a necessidade do combate à corrupção e, muito menos, confundir sua prática com um justicamento judicial, situado acima das garantias processuais, alimentado pelo frenesi da corrida pelos cinco minutos de fama do próximo herói estampado em cadeia nacional.

No sentido desta segunda tendência, emergem como objeto da presente análise as Propostas de Emenda Constitucional, que buscam imprimir alterações no desenho político de seleção das/os ministros do STF, em um total de doze PECs em tramitação na Câmara dos Deputados e dez no Senado Federal. O que este conjunto de propostas busca alterar, o que permanece intacto, mas mereceria ser objeto de alteração e quais alterações deveriam ser realizadas a partir de um ponto de vista da democratização do STF e de uma perspectiva dos direitos humanos, é o que se pretende apresentar nestas linhas que seguem.

Desde uma perspectiva analítica, como será possível observar, as propostas revelam – ao passo que ocultam – a preocupação com a expansão do protagonismo do STF, a partir do regime de enunciado democrático, sobre a organização, delimitação e controle do campo político no âmbito do Estado e da sociedade brasileira.

Campo político aqui entendido como a esfera legítima do exercício do poder de deliberação sobre as regras de organização do Estado, sua interação com a economia e com a sociedade, bem como as regras de controle e convívio social e a regulamentação do acesso aos bens essenciais à vida boa, digna e ao bem-estar social. Desse modo, expressa-se a dialética entre política e direito em nossa sociedade, na qual a política se apresenta como o campo constitutivo e instituinte do direito e o direito como o campo regulatório e ora emancipatório da política. Uma relação, portanto, de implicação reflexiva, muito distinta do mito da autonomia do direito em meio às relações de poder.

Neste sentido, em seu estudo sobre o papel do STF pós Constituição de 1988, Diana Kapiszewski (2010) demonstra que a fluidez



e fragmentação política na transição, aliado ao caráter de novidade, extensão e incoerências do texto constitucional, encorajaram as forças políticas a provocar o STF, a fim de testar os limites e horizontes do desenho político-institucional na nova ordem constitucional, o que acabou lhe proporcionando campo político para expandir sua influência não apenas sobre a delimitação da interdependência entre os poderes e a implementação de políticas públicas – em especial de jaez econômico na década de 1990 – mas conferindo-lhe também poderes para delimitar os horizontes da sua própria atuação, realizando o controle de constitucionalidade sobre emendas constitucionais e delimitando o alcance e manejo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Declaração de Constitucionalidade, Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção.

Como se verifica da pesquisa de Kapiszewski (2010), essa conjuntura inaugural da nova ordem constitucional acabou por imprimir uma certa genética política ao STF, de modo que o Tribunal tenha se consolidado como uma corte que desempenhou e desempenha um importante papel na mediação entre os poderes, atuando historicamente de maneira intensa, porém cautelosa, com marcante inclinação em prol do Executivo nas disputas entre os poderes e para a União nas disputas com os Estados. Com tímida atuação, no entanto, no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais, algo emblemático em um cenário pós-regime autoritário, em que as forças progressistas haviam se esforçado e esmerado para garantir a presença de um extenso rol destes direitos no texto constitucional.

Neste sentido, especialistas na agenda política do STF são de certo modo uníssonos ao indicar que a Corte assumiu características de um Tribunal forte e independente, nos termos

da tipologia de Ríos-Figueroa (2010)⁸, dada sua ampla competência jurisdicional, de mediação sobre a relação entre os poderes e das garantias de independência, ao passo que a conjuntura política pós-transição acabou por forjar uma Corte de perfil conservador, pouco afeita à garantia e proteção de direitos fundamentais, e, uma vez nesta seara, restrita à proteção de direitos individuais civis e políticos, de matriz liberal, portanto, em oposição à ausência da agenda e garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, que se apresenta na agenda da Corte somente em finais da década de 2000, análise verificada em Kapiszewski (2010), Ríos-Figueroa (2010), Daniel Brinks (2010) e Juliano Zaiden (2014).

Tais características diferenciariam o STF, por exemplo, das cortes argentina e colombiana, que apresentam não apenas uma maior incidência judicial sobre direitos fundamentais – segundo Kapiszewski (2010), 37% da agenda da corte argentina, contra 16% da brasileira até o ano de 2005, sendo portanto mais acionadas e assim representando uma instância mais legitimada perante a sociedade para reivindicar tais direitos – como maior capacidade de proposição de agenda positivas e implementação de decisões que impliquem mobilização social e institucional, como é o caso notório da Colômbia.

Esse é o STF que foi instado a decidir sobre a validade ou não dos planos econômicos, per-

8. Júlio Ríos-Figueroa (2010) desenvolve uma tipologia de análise da atuação das Cortes Constitucionais da América Latina pós-regimes autoritários, investigando o desenho jurídico-institucional (*de jure*) das cortes, no que diz respeito às categorias que expressam a condição política destas, dividindo-as entre indicadores de poder e independência, em que o poder se expressa em categorias como extensão, modalidades e rol de legitimidade ativa do controle de constitucionalidade, além da abrangência e acesso à jurisdição constitucional, e a independência se expressa nos mecanismos *ex ante* do modelo de nomeação e *ex post*, referido à estabilidade (como vitaliciedade ou tempo de duração do mandato) e hipóteses de remoção.



centual anual de juros financeiros, as regras da previdência e direito de greve de servidores públicos, limites do controle de constitucionalidade, privatização de empresas estatais e campos de exploração de petróleo, sistema tributário e, posteriormente, nos anos 2000, política de desarmamento, anistia política a militares, liberdade de imprensa, células-tronco, aborto de feto-anencefálico, união homoafetiva, ações afirmativas para ingresso nas universidades públicas e, depois, em concursos públicos, condicionantes à demarcação de territórios indígenas e regulamentação da titulação de territórios quilombolas, anulação de decretos presidenciais de desapropriação para fins de reforma agrária, afastamento, medidas cautelares e prisão (em flagrante ou não) de deputados federais e senadores, impedimento de nomeação de Ministros de Estado, impeachment da Presidenta da República, impeachment de governadores estaduais, financiamento empresarial de campanhas políticas, ensino religioso na rede pública de educação, alcance da presunção de inocência, para mencionar apenas alguns temas de altíssima intensidade política em que o STF proferiu a controversa “última palavra”, desde o advento da Constituição de 1988.

Nestes termos, existe consenso sobre a notoriedade assumida pelo STF e, mais recentemente, pelas suas ministras e ministros perante a opinião pública e as instituições políticas, expandindo o seu escopo de atuação e influência para um campo situado muito além da repercussão de suas decisões sobre o sistema de justiça.

Para Daniel Brinks (2010), por sinal, a baixa influência das decisões do STF sobre o próprio sistema de justiça, ou seja, a baixa densidade vinculante de seus precedentes,

constitui justamente uma de suas fraquezas político-institucionais, ao lado de sua baixa capacidade de imprimir executoriedade a decisões que demandem reforma ou mobilização institucional e social, o que, por via de consequência, confere à corte uma postura tímida ou omissa no que diz respeito a demandas desta natureza – notadamente referidas ao sistema penitenciário, violência policial e direitos econômicos, sociais e culturais, como a obrigatoriedade da consulta prévia e informada a comunidades impactadas por grandes obras e programas de governo, por exemplo, nos termos da Convenção nº 169 da OIT – a fim de evitar produzir decisões que não serão implementadas e, desse modo, trincar a imagem e o poder institucional da corte.

O fato é que menos exposto que suas ministras e ministros e menos notório que suas decisões, é o processo de deliberação sobre quem irá ocupar as cadeiras da Corte de justiça mais importante do país, talvez da América Latina. A esta altura, a questão acerca de a quem compete a função constitucional de selecionar, indicar e nomear os membros do STF talvez seja menos importante que o problema sobre quem efetivamente o faz. De fato, o modelo de nomeação que aí está, delineado no artigo 101 da Constituição em um processo tridimensional, que inicia com a indicação da Presidência da República, passa pela sabatina e deliberação pelo Senado e retorna para a nomeação presidencial⁹, remonta à Constituição da República Velha, de 1891, notoriamente inspirado na experiência

9. Constituição Federal de 1988, “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.



estadunidense forjada a partir da sua independência¹⁰, fundada sobre um sistema de parlamentar bipartidário, que tem impacto direto no processo de escolha das cadeiras da Corte.

De lá para cá, o Brasil já se debateu com dois golpes de estado (o terceiro e o quarto, para ser cronologicamente fiel à nossa história política), alternando regimes autoritários e emergências democráticas. O Congresso foi dissolvido, reestabelecido, controlado e reativado. O Senado comportou membros biônicos. O sistema partidário foi descartado, encartado, constrangido ao bipartidarismo, reaberto em pluripartidarismo, para finalmente consolidar-se em fragmentação. Somente o modelo de nomeação da Suprema Corte jamais foi alterado, nem mesmo com o atual regime de enunciado democrático¹¹.

10. Constitution of the United States (1787). SECTION 2. [... The President] 2 He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court [...].

11. A designação de regime de enunciado democrático vem sendo utilizada desde a parceria com o professor José Geraldo de Sousa Júnior (2016), para ressaltar o caráter incompleto e em constante construção do projeto democrático em nossa sociedade, reiteradamente abalado e não raro golpeado, ainda que através de formas históricas distintas, seja como demonstra nossa história constitucional – vale lembrar que já a Constituição do Império do Brasil (1824), primeira Constituição do país, foi fruto de um golpe aplicado por Dom Pedro I na Assembleia Constituinte de 1823, resultando em um remendo de Constituição liberal, inspirada nos ideais republicanos da independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, ancorada no princípio da igualdade formal e separação dos poderes, porém política e institucionalmente fundada sobre um Poder Moderador. Passadas pouco mais de seis décadas, não foi diferente a sorte do regime imperial, golpeado por militares, que se investiram no governo da República dos Estados Unidos do Brasil. Sucedidos por um regime civil já influenciado pelas lutas camponesas e sindicais, o constitucionalismo social expressa-se na Constituição de 1934, a exemplo de seu art. 113, alínea 17, quando afirma que o direito de propriedade “não será exercido contra o interesse social ou coletivo”. Sob o argumento de sua inaplicabilidade, aliado à sempre constante ameaça comunista, a Constituição foi golpeada pelo próprio Presidente da República, dando início ao Estado Novo, a famigerada Era Vargas,

Passados dois regimes autoritários e seis Constituições, o modelo constitucional de nomeação (*de jure*) para os cargos da Suprema Corte continua o mesmo. Mas seria possível afirmar que o mesmo ocorre com o processo político de nomeação (*de facto*)? O modo como Vargas e Figueiredo nomearam seus ministros, responde ao mesmo processo político das nomeações realizadas por FHC e Lula?

A pergunta pode soar retórica, mas a obviedade da resposta implica em dois questionamentos que orientam esta análise, motivados pela agenda política de justiça desenvolvida pela JusDh, a partir de dois referenciais coordenados: um princípio material de democratização da justiça, e um princípio metodológico de cidadania ativa, fundado na organização, participação e controle social, como expressões de uma democracia cotidianamente exercida pela soberania popular.

Neste sentido, eis os questionamentos que delineiam o presente projeto:

i) Se o desenho constitucional se mantém apesar de profundas mudanças políticas e constitucionais, o que realmente importa, ou seja, quais são os fatores reais de poder – para

e a respectiva Constituição de 1937. Reorganizadas as forças sociais, observa-se talvez a primeira emergência democrática no âmbito do Estado brasileiro, dando fruto à Constituição de 1946. Com o ascenso da classe trabalhadora, o relativo deslocamento da ocupação de espaços políticos e a respectiva agenda de reformas de base no governo Goulart, o Brasil presencia, em 1964, o seu quarto golpe de estado, protagonizado por um movimento civil-militar que iria, imediatamente, dar início à decretação de atos institucionais, que sustam dispositivos da Constituição e os Poderes da República, para então produzir a sua própria Constituição, no ano de 1967. Se não foram perdidas as contas, chegamos à sexta constituição do Brasil, que seria ainda celebradamente superada, em 1988, pela denominada Constituição Cidadã, dando ensejo a um novo período de enunciado democrático. Passados quase trinta anos de sua promulgação, no entanto, o país observa um novo golpe no regime de governo, impedindo o prosseguimento do governo de Dilma Rousseff por um juízo político que, à revelia da Constituição, se consolidou por uma fórmula judicial e parlamentar.



fazer uma alusão a Ferdinand Lassale – que são mobilizados e determinam o processo de nomeação de ministros do STF?

ii) De outro lado, se o desenho constitucional se mantém em profundas mudanças políticas e constitucionais, quais os resultados que tal modelo produz?

iii) Por fim, se este desenho político-institucional se mantém em uma instável, ora autoritária ora democrática história política, quais medidas efetivamente apontariam para um processo de democratização do STF e do sistema judicial?

Para avançar na compreensão sobre tais elementos, cumpre-nos atentarmos para a relação entre o desenho formal de nomeação (*de jure*) e a arquitetura política da escolha (*de facto*).

Nomeação *de jure* e escolha *de facto*: a arquitetura política das indicações para o STF

A relação entre a previsão constitucional e a prática política de seleção de candidaturas para o STF é fenômeno pouco debatido no Brasil, certamente como reflexo da cuidadosa invisibilidade na qual o processo se desenvolve, sobretudo no último período, de governo petista. Talvez o estudo mais minucioso sobre o assunto tenha sido publicado por Mariana Llanos e Leany Lemos (2013), no qual as autoras examinam as nomeações realizadas no período democrático, para então identificar, a partir do desenho institucional, delimitado pelo artigo 101 da Constituição, quais fatores políticos são levados em conta nos processos de indicação e nomeação e qual o resultado produzido no que se refere ao perfil das pessoas que são alçadas ao Tribunal e, portanto, quais as suas implicações para a cultura institucional da Corte.

As autoras desenvolvem a análise sobre duas categorias centrais, as noções de “antecipação presidencial” e “domínio presidencial”, buscando identificar em quais casos o presidente (o recorte temporal vai de José Sarney ao governo Lula) realiza indicações antecipadamente mediadas e filtradas por um informal poder de veto da própria Corte, e pela correlação de forças do Senado – que detém a competência constitucional de aprovação e, a *contrário sensu*, de veto sobre a indicação presidencial – e em que medida realiza indicações de sua esfera de preferência, assumindo os riscos, desgastes e ônus políticos da indicação¹².

Desde um roteiro cronológico, as autoras observam que as nomeações de José Sarney (1985-1989) se caracterizaram por indicações próximas ao presidente, antes e depois da Constituição, sendo quatro nomeações de membros do governo e uma nomeação de um juiz maranhense de carreira que, por seu turno, era amigo pessoal do presidente. Em um cenário de transição, portanto, caracterizaram-se nomeações de “domínio presidencial”.

Já o governo Fernando Collor (1990-1992) adotou a estratégia de nomeações oriundas do judiciário, indicando inicialmente dois juízes de carreira: Carlos Velloso e Ilmar Galvão. Adotou a prática de solicitar ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) que elaborassem listas de

12. Como anunciam as autoras: “In the following pages we show that concerning relations with the Senate in regard to judicial appointments, presidential anticipation prevails over presidential dominance. We argue that presidents succeed because they invest a great deal of effort before Senate intervention. At the moment of selection – which can begin months before a vacancy opens – opinions are collected and potential candidates are tested in the political and juridical communities. As a consequence, presidents’ first choices are often ruled out due to lack of consensus, and nominees represent a middle ground between presidential preferences and those of the other actors formally and informally involved in the process” (Llanos e Lemos, 2013, p. 78).



indicação. O inusitado, neste sentido, é que na última ocasião o STJ apresentou lista com todos os seus ministros, ao passo em que o TST fez apenas uma indicação, Marco Aurélio de Mello, primo do Presidente da República e, ainda hoje, ministro da Corte.

Mas, conforme apontam Llanos e Lemos (2013), outra nomeação de Collor causou ainda mais críticas na imprensa, a de Francisco Rezek, que havia sido indicado pelo General João Figueiredo no ano de 1983, mas em 1990 retirou-se do Tribunal para assumir o ministério das Relações Exteriores do Governo Collor, retornando, então, ao STF no ano de 1992, por indicação do mesmo presidente. Itamar Franco realizou apenas uma indicação, de Maurício Correa, jurista e político de trânsito nacional à época.

Se o General Figueiredo havia realizado nove indicações, José Sarney cinco, Fernando Collor quatro e Itamar Franco apenas uma, em seus oito anos de governo Fernando Henrique Cardoso teve a oportunidade de realizar apenas três estratégicas indicações: Nelson Jobim (1997), influente político e então Ministro da Justiça de FHC; Gilmar Mendes (2001), controverso Advogado-Geral da União do mesmo governo; e Ellen Gracie (2002), desembargadora e juíza federal de carreira, indicada como a primeira mulher a compor o Supremo Tribunal Federal.

A partir de indicadores como a análise dos jornais de grande circulação da época, o tempo decorrente entre a indicação e a aprovação pelo Senado e o número de votos contrários à nomeação, Llanos e Lemos (2013) afirmam que o nome de Gilmar Mendes figura na série histórica analisada (1985-2010) como a indicação que angariou maior rejeição, sendo, inclusive, a única ocasião em que se observou manifestações públicas contrárias das duas

maiores entidades de juristas do país: a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB).

Do que se infere das categorias analíticas propostas pelas autoras, portanto, Fernando Henrique optou por nomeações estratégicas da sua área de domínio, uma delas de grande influência jurídica e política e, por isso, de consenso no Senado (Nelson Jobim), outra pautada na questão de gênero e desse modo apoiada – a rejeição, na ocasião, teria vindo dos ministros do STJ, alegando que a hierarquia jurisdicional deveria ter sido respeitada, nomeando-se alguém daquele Tribunal Superior – e, finalmente, uma tão controversa quanto estratégica indicação no sentido do seu projeto político, de Gilmar Mendes, assumindo assim os riscos e ônus político perante o Supremo e o Senado Federal.

Em um plano geral, Llanos e Lemos (2013) apontam que, no período democrático, foram realizadas 22 indicações para o STF, sendo nove delas categorizadas como “indicações presidenciais”, ou seja, realizadas no âmbito da esfera de domínio da presidência. Conforme as autoras, “uma curiosidade é que oito das nove ‘indicações presidenciais’ foram nomeadas no período pré-Lula, o que significa que o presidente que indicou o maior número de ministros do STF era o qual os candidatos eram comparativamente menos próximos a ele. [...] De modo complementar, os candidatos do presidente Lula receberam críticas mais suaves e eram comumente elogiados pela mídia” (2013, p. 88 – tradução livre).

Qual a avaliação, desse modo, da postura assumida por Lula? Porque ele teria adotado essa espécie de cultura política de realizar indicações, que estariam distantes da sua esfera de preferência, com exceção da também criticada (a exemplo de Gilmar Mendes), no



entanto, menos estratégica indicação de Dias Toffoli (2009)? Para Llanos e Lemos (2013), neste ponto associando-se à análise de Ríos-Figueroa (2010) e Daniel Brinks (2010), o elemento central desta discussão reside no fator da fragmentação política do Congresso brasileiro e as implicações decorrentes, neste ambiente, dos governos de coalizão.

Conforme aponta a literatura especializada, o processo de indicação para o STF compõe o repertório político não apenas da Presidência da República. Em um cenário parlamentar de intensa fragmentação partidária, a escolha *de facto* passa a ser regida pela agenda e tendências políticas do governo de coalizão, dado, sobretudo, ao fato da indicação presidencial ter de passar pelo crivo do Senado Federal.

Ocorre, de um lado, que o quórum de aprovação da indicação (maioria absoluta, nos termos do artigo 101, parágrafo único, da Constituição) constitui uma conta usualmente tranquila a ser atingida pela base aliada do governo, em outras palavras, o quórum exigido para a aprovação da indicação presidencial não se difere do quórum comumente constituído para se fazer aprovar as medidas de governo. Nesse sentido, um presidente como Lula, a princípio, não teria maiores dificuldades para fazer aprovar suas indicações e, de fato, não teve ao longo de seu governo, desde que elas estivessem inseridas, filtradas e acordadas, pela sua base parlamentar.

O dado ocultado aos olhos da opinião pública e da sociedade organizada interessada na participação e intervenção neste processo – a exemplo de iniciativas como a JusDh, a Associação de Juízes para a Democracia (AJD) e o Fórum Justiça – é o fato de que as mornas e protocolares sabinas realizadas pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal são usualmente precedidas, na

invisibilidade do pragmatismo e fisiologismo político-partidário do governo de coalizão, por intensas pressões, barganhas, reivindicações, consultas, testes e avaliação das candidaturas, que emergirão no espaço público já revestidas de um caráter de celebração.

Assim, observa-se, de um lado, que a fórmula constitucional (*de jure*) de nomeação para o STF apresenta um sólido desenho político-institucional projetado com vistas à garantia da sua independência, estruturado sobre mecanismos *ex ante* e *ex post* nomeação, primeiro em razão da nomeação ser mediada por duas instituições eletivas distintas, que se checam e balanceiam: Presidência da República e Senado Federal, e segundo em razão da vitaliciedade e uma improvável remoção via impeachment no Senado, aprovado por quórum qualificado¹³. De outro lado, verifica-se que tal dimensão formal assume contornos próprios em um cenário parlamentar de fragmentação partidária e governos de coalizão.

Desse modo, enfim, a literatura consultada é uníssona em afirmar que da relação entre fórmula *de jure* de indicação e arquitetura política de escolha *de facto* produz-se como resultado uma Corte Constitucional de perfil conservador e centrista, o que tanto mais se aproxima ou se afasta da esfera de domínio e preferência da Presidência, quanto mais a indicação se desloca em relação a este referencial.

13. Constituição Federal, Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...] Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.



Ainda conforme esta análise, as indicações presidenciais do governo Lula teriam se notabilizado pelo amplo apoio midiático e parlamentar, destacando-se neste cenário a figura do seu primeiro Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, na intermediação e delimitação da sua cultura de indicações, o que, no entanto, teria se distanciado do âmbito de suas preferências políticas, sobretudo nas indicações de Cezar Peluso (2003) e Menezes Direito (2007), intercaladas por nomeações estratégicas, como a nomeação de Joaquim Barbosa (2003, primeira indicação de um negro na história do STF), e de candidatos mais próximos à sua preferência, como Ayres Britto (2003) e Dias Toffoli (2009), então Advogado-Geral da União, sua oitava, última, mais controversa e “presidencial” indicação.

Destes fatores, é possível observar algumas implicações entre as nomeações de FHC e Lula. A primeira delas é a dimensão ideológica. Na medida em que o primeiro se situa à centro-direita no cenário político brasileiro, suas indicações, ainda que mediadas pela coalização governista, possuíam proximidade com o próprio perfil conservador da Corte e, por isso, tendiam ao campo do “domínio presidencial”. Neste cenário, mesmo diante de desgaste político, o presidente realizou a sua indicação mais estratégica, garantindo uma personalidade intelectualmente sólida, posicionada e orientada pelo seu projeto político no âmbito da Corte, em especial a nomeação do ministro Gilmar Mendes.

Outro elemento diferenciador pode ser identificado na dimensão quantitativa das nomeações, ou seja, no número de vagas preenchidas pelos presidentes individualmente. Na medida em que foram se projetando as oito vagas a serem indicadas por Lula – sem ignorar que ele relegou, ainda, uma vaga aberta em sua gestão para ser preenchida pela sua sucessora, Dilma

Rousseff – Llanos e Lemos (2013) analisam que cresceu a disputa e, portanto, a pressão da base aliada sobre as vagas e, do mesmo modo, um posicionamento da própria Corte, no sentido de garantir que o seu perfil institucional (conservador) não se visse estruturalmente abalado ou alterado por um número tão elevado de indicações de um mesmo presidente.

Vale lembrar, neste sentido, que o governo do PT se estendeu por mais seis anos com os dois mandatos de Dilma Rousseff, realizando, ainda, outras cinco nomeações ao STF, de início pautadas por uma lógica de indicação de magistradas/os de carreira alocados em Tribunais Superiores, Luiz Fux (STJ), Rosa Weber (TST) e Teori Zavascki (STJ) – o que coincide com a intensificação do protagonismo e da pressão política realizada por associações de magistrados sobre as indicações presidenciais, direta e indiretamente, via parlamentares – e em seguida por dois renomados acadêmicos e advogados com posicionamentos jurídicos até então progressistas no campo do direito constitucional e civil: Luís Roberto Barroso (2013) e Edson Fachin (2015).

Chama a atenção ainda, nas indicações de Dilma, de um lado o fato de que sua última indicação, Edson Fachin, ser justamente o jurista que, de todas as treze indicações dos governos petistas, possuía um histórico e perfil distinto daquele consolidado na Corte, em função da sua longínqua aproximação com movimentos sociais de luta pela terra, constituindo uma indicação de risco e desgaste político para a Presidenta. De fato, tal se verificou por ocasião da sabatina na CCJ, na medida em que os senadores da oposição seguraram por duas horas o início da audiência, com Fachin já presente na antessala do plenário da CCJ, sob alegação de que ele havia acumulado cargo público incompatível com a advocacia, um artifício para criar um fato



político a fim de aumentar a instabilidade que o governo enfrentava no Congresso Nacional.

De fato, a indicação do perfil de Fachin chama a atenção por ter sido reivindicada por entidades sociais e movimentos ao longo de todo o período dos governos petistas, e ter sido consolidada justamente no momento em que o governo petista atravessava a sua maior crise política com o Parlamento, a qual culminaria menos de um ano depois no golpe parlamentar impedindo a Presidenta de seguir no mandato.

Vale notar que o debate em torno da indicação de Fachin ganhou ainda maior relevância e polêmica por ocasião do julgamento do *habeas corpus* referente à prisão, antes do trânsito em julgado, do ex-presidente Lula. Como relator da Lava Jato, Fachin foi o primeiro a votar e conduzir a denegação da ordem de *habeas corpus*, fazendo polêmico uso do referencial analítico da teoria crítica dos direitos humanos e das condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o caso Sétimo Garibaldi x Brasil, a fim de angariar alguma legitimidade perante o campo progressista, em face da violação da presunção de inocência sob o fundamento do clamor social.

É certo, de outro lado, que a estratégia do ministro acabou por causar reação contrária de juristas citados por ele com este propósito, como José Geraldo de Sousa Júnior e Antonio Escrivão Filho, conforme se observa em matéria do jornal “O Brasil de Fato” (2018)¹⁴,

14. Na ocasião, contestamos o argumento do ministro Fachin de que, através do conceito de exigibilidade de direitos humanos – por ele utilizado no voto através de nosso trabalho com José Geraldo de Sousa Júnior (2016) e também em pesquisa da Terra de Direitos com José Antonio Peres Gediel e Leandro Gorsdorf (2012) – a sociedade exige que o Estado assuma uma postura punitivista a ponto de violar a presunção da inocência. Em sentido bastante diverso, alegamos naquelas ocasiões que a noção de exigibilidade confere à sociedade a legitimidade

e José Antonio Peres Gediel, além da nota elaborada pela Terra de Direitos, organização atuante no caso Sétimo Garibaldi na CIDH/OEA, que assim se manifestou na ocasião: “a Terra de Direitos repudia de forma contundente, por irresponsável, qualquer suposição de que o combate a violações de direitos humanos, incluindo atentados à vida de ativistas, exija a flexibilização, de outro lado, de direitos e garantias fundamentais sacramentados na Constituição” (2018).

De outro lado, as indicações de Dilma foram marcadas, ainda, pela manobra parlamentar para a aprovação relâmpago da denominada PEC da Bengala (EC nº 88/2015), emenda constitucional que elevou a idade de aposentadoria compulsória de ministros/os do STF de 70 para 75 anos, com vistas a evitar que Dilma Rousseff pudesse realizar outras cinco indicações para o Supremo¹⁵. A par da motivação de ocasião para a alteração de um mecanismo de tamanha centralidade no cenário de expansão política da justiça brasileira, a questão da PEC da Bengala traz à tona, enfim, o debate sobre as outras 22 PECs que tramitam no Congresso Nacional, com o objetivo de alteração da fórmula *de jure* de indicação e, por via de consequência, da arquitetura política da escolha *de facto*, para o STF.

É o que se analisa a seguir. Antes, no entanto, parece pertinente uma contextualização histórico-conceitual sobre as tendências políticas de justiça, que levaram ao cenário onde este conjunto de propostas legislativas se instalou.

para exigir que o Estado garanta e efetive os direitos humanos, notadamente os econômicos, sociais e culturais, ao passo que ao Estado cumpre o dever de corresponder a estas demandas formuladas e reivindicadas pela sociedade organizada.

15. Estavam previstas as aposentadorias de Celso de Mello, Marco Aurélio de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Teori Zavascki, este último que veio a falecer em 17.01.2017 em um acidente aéreo, sendo sucedido na ocasião por Alexandre de Moraes, então Ministro da Justiça, indicado por Michael Temer.



Curto-circuito histórico: autonomia, independência e protagonismo judicial no Brasil

Passada uma década de um processo constituinte em que o desenho institucional de justiça fora decididamente forjado para reestabelecer a autonomia e independência vili-pendiadas pela ditadura militar, o papel do sistema judicial brasileiro já apresentava drásticas mudanças, não sem gerar incômodo aos agentes que vinham observando, a cada dia, a expansão da influência e interferência do protagonismo judicial em suas áreas de atuação. Dentre estes atores encontram-se, notadamente, os membros do Congresso Nacional.

Vale notar, portanto, que a questão da expansão do protagonismo judicial se apresenta como uma dimensão de fundo de primeira grandeza neste cenário. Neste sentido, são vastas as análises no campo da ciência política e sociologia sobre a condição política da justiça, referida às garantias de autonomia, independência e a sua expressão em protagonismo judicial.

Apoiando-se no trabalho original de Neil Tate e Tobjörn Vallinder (1995), parte da ciência política aborda o fenômeno do protagonismo judicial denominando-o de “judicialização da política”¹⁶, compreendido como um processo histórico consolidado no ocidente a partir de meados do século XX, segundo a noção de Estado Democrático de Direito (*rule of law*) constituindo uma via de mão-dupla onde, de

16. Como explica Vallinder na referida obra: “Assim, a judicialização da política deve normalmente significar ambas (1) a expansão da província dos tribunais ou dos juízes sobre as expensas dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência da tomada de decisão sobre o direito da legislatura, do ministério, ou do ambiente civil para os tribunais ou, ao menos, (2) transposição dos métodos judiciais de tomada de decisão para fora a província judicial propriamente dita. Em síntese, poderíamos dizer que judicialização envolve, na essência, a transformação de algo em alguma forma de processo judicial”. (1995, p. 13 – tradução livre).

um lado, são transferidos para a arena judicial temas e conflitos usualmente deliberados na esfera política e, de outro lado, são incorporados pelas autoridades administrativas e agentes políticos as fórmulas jurídico-procedimentais do sistema judicial. No Brasil, o conceito foi debatido por Marcus Faro de Castro (1996)¹⁷, Débora Maciel e Koerner (2002)¹⁸ e Alexandre Veronese (2009)¹⁹, dentre outros.

Cabe expressar o nosso acordo com a ressalva de Maciel e Koerner (2002), ao enxergarem como algo problemático a própria noção de judicialização da política, tida como uma expressão essencialmente ampla, que ao ganhar espaço político e a opinião pública brasileira, foi analiticamente incorporada com os contornos normativos da disputa política e a carência conceitual da opinião pública.

17. Nas palavras de Castro (1996, p. 2): “Este fenômeno, segundo a literatura que se tem dedicado ao tema, apresenta dois componentes: (1) um novo “ativismo judicial”, i.e., uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas destas questões, até recentemente, ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes aos processo judicial e (b) sobretudo parâmetros jurisprudenciais, em suas deliberações (muitas vezes, o Judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros)”.

18. Segundo Maciel e Koerner (2002, p. 114): “Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de checks and balances. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito)”.

19. Segundo Veronese (2009, p. 255): “Desse modo, o primeiro vetor possibilita a localização de uma materialização do direito, pelo fato de o Poder Judiciário se ver obrigado a decidir de modo substantivo acerca de matérias que não lhe eram tradicionalmente relacionadas. O segundo vetor demonstra a expansão simbólica e prática dos procedimentos tipicamente judiciários em diversas esferas da vida política que eram infensas a eles”.



Para a vertente sociológica, os fenômenos de emergência social e expansão judicial não se dissociam do processo histórico de desenvolvimento sociopolítico da sociedade, como observa Boaventura de Sousa Santos (2009) ao denominá-lo, então, pela noção de expansão do protagonismo judicial. Como assevera o português, a politização do sistema de garantias judiciais “ocurió com mayor probabilidad en países donde los movimientos sociales por la conquista de los derechos eran más fuertes, ya fuera en términos de implementación social, ya en términos de eficacia en la conducción de la agenda política” (2009, p. 91).

Neste sentido, se o modelo clássico desta análise, para Santos e boa parte da literatura sociojurídica²⁰, é identificado na correlação entre a ascensão do movimento negro estadunidense na década de 1950, o *New Deal* e a chamada “Corte Warren”²¹, no Brasil e na América Latina, esse fenômeno é identificado com a conquista dos regimes de enunciado democrático do último quarto do século XX.

A par de distinções temporais, o que nos parece significativo aqui é a compreensão de que, no referido modelo estadunidense, a expansão política do judiciário estava intimamente ligada à sua interação com o sistema político e a sociedade civil, a ponto de Stuart Scheingold (2004 [1974]) desenvolver, em sua análise sobre a condição política da luta por direitos (*politics of rights*), a noção de ‘mito dos direitos’ (*mith of rights*) para designar o encantamento

que a via judicial parecia provocar sobre a mobilização social e em especial seus advogados. Nas palavras de Scott Cummings (2016, p. 21), a “ideia do liberalismo jurídico [*legal liberalism*] era explicitamente fundada sobre uma premissa de *aliança* entre advogadas/os ativistas e cortes ativistas, ambos essenciais – trabalhando em conjunto – para atingir ‘reformas sociais específicas’, almejadas pelos progressistas” (tradução livre, destaques no original)²².

Sob o risco de que tenhamos passado ao largo ou incompreendido a literatura brasileira sobre o tema, nos parece que o processo de expansão judicial no Brasil talvez tenha percorrido caminho distinto daquele identificado pelo ambiente do ‘*legal liberalism*’. Assim, o que desta menção ao referencial histórico e analítico dos Estados Unidos nos parece relevante compreender é a sua distinção em relação ao caso brasileiro, no qual a expansão judicial se desenvolve em um processo histórico bastante distinto de um modelo de aliança progressista entre advogados de causas sociais, tribunais e agentes políticos imbuídos da implementação de políticas de bem-estar social.

Em sentido contrário, o fenômeno aponta para um modelo de expansão judicial hermética, constituída entre fortalecimento político e isolamento institucional. Uma expansão que se consolida sob a lógica de controle estritamente interno²³, constituído a partir de uma concep-

20. Cf. neste sentido McCann e Dudas (2006), Sarat e Scheingold (2006), e Cummings (2016).

21. Expressão formulada em referência ao período em que o juiz Earl Warren foi presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos (1953-1969), representando uma virada na jurisprudência daquela Corte no que se refere aos direitos civis e políticos e controle de constitucionalidade, notadamente a partir do apoio e da composição política forjada no âmbito da Corte e de todo o judiciário federal pela coalizão em torno do denominado “New Deal” do Partido Democrata (*Democratic Party's New Deal Coalition*), como observa Michael McCann (2006).

22. No original de Cummings (2016, p. 21): “The idea of legal liberalism was therefore explicitly premised on an *alliance* of activist lawyers and activist courts, both of which were essential – working in concert – to achieve ‘specific social reforms’ valued by progressives”.

23. Vale notar que esta afirmação se sustenta mesmo em face da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional de Ministério Público (CNMP) com a Emenda Constitucional 45/2004, uma vez que a própria fórmula constitucional destes órgãos os situa no interior e não ao lado do poder judiciário e do ministério público, sem mencionar, por evidência, o caráter hegemonicamente interno de sua composição, onde nove dos quinze membros do CNJ, por exemplo,



ção de freios e contrapesos endógenos, concebidos em uma espécie de oposição beligerante entre sistema de justiça, sistema político e organização social, na qual ao primeiro se atribui o controle, ao segundo a patologia e à terceira a ausência no processo de expansão judicial.

Mas quais fatores poderiam explicar este desenvolvimento distintivo da função judicial no Brasil, o que a nosso ver amplifica na mesma medida da sua expansão política, o problema do mito dos direitos? Parece sugestivo, neste sentido, reivindicar aquele olhar sobre a instabilidade política da sociedade brasileira.

Como observa Boaventura (2009, p. 116), a cultura jurídica constitui o conjunto de orientações sobre valores e interesses que forjam um padrão de atitudes frente ao direito e “las instituciones del Estado que producen, aplican, garantizan o violan el derecho y los derechos. [...] En ese sentido la cultura jurídica siempre es una cultura jurídico-política y no puede ser comprendida plenamente fuera del ámbito más amplio de la cultura política”.

são integrantes das diversas instâncias do próprio poder judiciário. Vale notar, ainda, que mesmo as duas cadeiras destinadas à sociedade passam ao largo de qualquer participação social em seu processo de preenchimento, uma vez que a competência constitucional foi delegada para o Congresso Nacional e, nunca foi sequer convocada qualquer audiência, chamada ou consulta pública para o seu preenchimento, como anota Erika Lula de Medeiros (2014, p. 5) no V Caderno de Justiça, Direitos Humanos e Participação Social da Articulação Justiça e Direitos Humanos (JusDh): “A previsão dessas duas vagas deveria revelar-se como instrumento de abertura de diálogo com a sociedade civil, como possibilidade de implementação de mecanismos de participação social no Conselho e oportunidade (ainda que mínima) de romper com o encastelamento em que se encontram os “operadores do Direito” e viabilizar a voz de tantos setores que cotidianamente atuam com a garantia de direitos humanos perante a justiça. Porém, o que se observa é quase o oposto disso. Não se tem notícia de nenhum esforço de convocar ou envolver a sociedade na escolha desses dois nomes. Nenhuma chamada de candidaturas ou audiência pública, nenhuma consulta prévia ou debate acerca de critérios de representatividade. Para além da falta de participação social na escolha e indicação dos nomes, não há mecanismos de audiências públicas para pautar a atuação desses conselheiros, após sua escolha. Que sociedade, então, eles têm representado?”.

Assim também alerta Élide Lauris (2015, p. 11), ao afirmar que “os tribunais interagem num processo dinâmico com outros órgãos do governo, submetendo-se igualmente à pressão externa de ideias, ideologias e políticas, o que significa dizer que não basta compreender a ideologia que compromete a ação individual de juízes sem entender o fluxo de interação ideológica entre tribunais e academia, mídia, grupos sociais organizados e outras instituições políticas”.

Retornamos, assim, ao ponto de inflexão entre a relação reflexivamente dialética entre política e direito. Não parece difícil identificar assim, o modo como a cultura política do regime militar impactou a cultura jurídica e judicial brasileira, o que viria a demandar respectivas alterações políticas na instituição com o advento do regime de enunciado democrático e a Constituição de 1988.

A título de breve investigação acerca do impacto do período ditatorial sobre o desenho político da justiça e a cultura judicial, vale observar as disposições estabelecidas nos dois Atos Institucionais emblemáticos para a instauração e consolidação do regime de violência política, a saber, o AI-1²⁴ e o AI-5, nos

24. Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964: Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. § 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados [...] mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial [...]; desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos. [...] § 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade. [...] Art. 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.



termos da análise por nós empreendida junto com Sousa Júnior (2016).

Ao manter o funcionamento do poder legislativo e judiciário, com o AI-1 e os seguintes (em um número total de 17 Atos Institucionais até o ano de 1969), inicia-se um intenso processo de controle e depuração institucional, suspendendo a vitaliciedade de juízes, cassando mandatos políticos e demitindo profissionais, que não estivessem alinhados aos intuitos do regime ditatorial, sem mencionar, no que tange à competência jurisdicional, a exclusão destes atos de governo da apreciação judicial.

Notório, neste sentido, foi o controle das instituições políticas operado pelo Ato Institucional nº 5 (13.12.1968), inclusive sobre o Poder Judiciário, prevendo poderes para os militares decretarem a suspensão da vitaliciedade de magistrados (art. 6º) – dando ensejo ao afastamento de três Ministros do Supremo Tribunal Federal²⁵ – e a exclusão dos atos de governo da esfera de apreciação judicial (art. 5º, §2º, e art. 11), o que seria agravado pela suspensão do *habeas corpus* para crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e a economia popular (art. 10)²⁶.

25. Como aponta o relatório final da CNV (2014, p. 19), em decorrência deste famigerado Ato Institucional, “o Judiciário não tardou a ser atingido. Em janeiro de 1969, três ministros do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, foram aposentados compulsoriamente”, o que acabou por provocar a demissão voluntária de outros dois ministros da Corte. Note-se que o autor de “Coronelismo, enxada e voto” havia sido nomeado por Juscelino Kubitschek em 1960, ao passo que Evandro Lins e Silva e Hermes Lima foram as duas únicas indicações do presidente deposto João Goulart, ambas no ano de 1963.

26. Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968: “Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Como se pode inferir, os Atos Institucionais redefiniram o desenho político da função judicial no Brasil, forjando uma cultura judicial historicamente desinteressada e violentamente desacostumada a se pronunciar sobre as questões políticas em sua relação com as lutas sociais. Desse modo, tal isolamento jurisdicional viria a aprofundar o distanciamento e aversão da cultura jurídica, no ambiente institucional de justiça, em relação às lutas sociais e violações de direitos, produzindo uma cultura judicial ora alienada, ora coagida e ora condescendente com o regime autoritário – como observa José Carlos da Silva Filho (2011) – o que sugere alguma preocupação sobre a experiência histórica da cultura jurídica na atualidade.

Vale notar, como mencionado acima, que as regras de organização, gestão e disciplina vigentes ainda hoje no poder judiciário brasileiro emanam de uma Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN - Lei Complementar n.º 35 de 14 de março de 1979), promulgada em pleno regime autoritário, que regulamenta uma verticalizada estrutura do poder no interior da institucionalidade de justiça, em uma lógica na qual as cúpulas dos tribunais funcionam como mediação entre o controle político exercido, então, pelo poder executivo e toda a complexa estrutura de justiça do país, produzindo reflexos diretos sobre a cultura judicial, na medida, por exemplo, da gestão não apenas orçamentária – definindo prioridades e programas de formação e eventos para magistradas/os e funcionárias/os, bem como alocação de recursos em varas especializadas agrárias – como também na gestão da seletividade de ingresso e progressão na carreira, notadamente contribuindo, por exemplo, para uma blindagem institucional traduzida na produção de ausências étnico-raciais no exercício da função judicial, como pôde ser observado desde o censo do



CNJ (2014) e, em consequência, na disputa e conformação dos valores que concorrem para a sua relação de (des)encontro com movimentos sociais.

Desse modo, o exemplo da vigência da Loman demonstra que, ao contrário da intensa ingerência da ditadura militar sobre a competência e o desenho político-institucional e organizacional da função judicial, o caráter controlado da transição política não permitiu imprimir um programa de reformas institucionais, que fosse além do fortalecimento político-institucional da função judicial perante ingerências do poder político e econômico – fortalecendo, em especial, as garantias de autonomia e independência judicial de magistradas/os²⁷ – sem que isso significasse, de outro lado, uma preocupação de reorientação e abertura da institucionalidade de justiça e, por via de consequência da cultura judicial, para o diálogo, participação e controle social. Fenômeno que parece se inserir na análise de Roberto Gargarella (2013), ao tratar do desenho político-constitucional da função judicial em face da hipótese de sua abertura democrática²⁸.

27. Vale mencionar, neste sentido, que a Emenda Constitucional n.º 11/1979 revogou todos os Atos Institucionais contrários à Constituição de 1967, restaurando os efeitos do habeas corpus para crimes atribuídos contra a segurança nacional, além da restauração das garantias de vitaliciedade e inamovibilidade da magistratura, que compõem um quadro mínimo de autonomia e independência do exercício da função judicial (ZAFFARONI, 1995), sem olvidar, no entanto, que a Constituição de 1967 previa a possibilidade de remoção por motivo de interesse público da/o magistrada/o, por decisão administrativa do respectivo Tribunal (art. 108, §2º), o que foi afastado pela Constituição de 1988 para juízes titulares, o que significa, portanto, que no regime atual é possível e não raro se verificar a remoção de juízes e promotores de seus locais e matérias de atuação, em função de juízos políticos proferidos pela Presidência do Tribunal, o que no ano de 2015 foi denunciado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, como uma prática de controle ideológico sobre a magistratura exercido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (CONNECTAS, 2015).

28. Ideas como las citadas hasta aquí definen el contenido y los contornos de una peculiar concepción sobre la organización constitucional. La lógica de dicha concepción era *la lógica ago-*

Em outras palavras, com a transição para o regime de enunciado democrático, o remédio ministrado a uma institucionalidade de justiça que havia sido intensamente forjada, selecionada e treinada pelo regime autoritário foi a sua blindagem hermética e isolamento em si mesma, em oposição a uma hipótese de abertura político-institucional, Gargarella (2013) diria dialógica, que colaborasse com a própria magistratura no processo de democratização da cultura judicial e a fortalecesse em face das pressões externas advindas do poder político e econômico.

Retomando a análise de Maciel e Koerner (2002) sobre o papel do STF na Constituinte, observa-se uma intensa mobilização dos ministros do STF no sentido de “manter o STF tal como existia e para bloquear outras inovações na constituinte”, mobilização essa que “pode ser entendida como parte da estratégia geral dos conservadores em manter intacta a estrutura institucional existente e, assim, assegurar que a ANC não ultrapassaria os limites de uma revisão constitucional”.

Desse modo, como dissemos com Sousa Júnior (2016), mesmo com importantes ganhos políticos incorporados ao constitucionalismo brasileiro no século XX – como a inserção da classe trabalhadora como sujeitos políticos e a inscrição de direitos sociais, tratados internacionais de direitos humanos e políticas multi-

nal, del conflicto – la lógica de la guerra. Lo que se pretendía era utilizar al sistema institucional de modo tal de organizar y contener al conflicto social, canalizando las energías de todos – los impulsos expansivos y/o opresivos propios de los integrantes de cada una de las ramas de poder – en pos del beneficio común. Ello así, descansando fundamentalmente en mecanismos de controles endógenos, antes que exógenos, esto es decir, confiando en las capacidades, decisiones y poderes de funcionarios públicos dotados de los incentivos apropiados, antes que en las virtudes cívicas propias de una sociedad movilizad y comprometida con los intereses de la comunidad” (GARGARELLA, 2013, p. 8).



culturais – tais avanços seriam inócuos diante de uma institucionalidade ainda controlada por uma perspectiva conservadora²⁹.

Assim, frutos de mobilizações sociais, as constituições da América Latina em transição foram caracterizadas pela abrangência normativa, incorporando e anunciando um amplo rol de direitos e garantias fundamentais necessários para a superação dos regimes autoritários. De outro lado, porém, a conquista da ampliação de direitos fundamentais não foi acompanhada da transformação das estruturas e instituições da organização política do Estado, notadamente o poder legislativo, executivo e, em especial, o judiciário, que viriam mediar a execução, regulamentação e aplicação daqueles novos direitos trazidos para a essência do regime político e constitucional³⁰.

Neste quadro dicotômico entre ampliação de direitos fundamentais e manutenção das estruturas de poder, foi a função judicial que saiu fortalecida, expandindo seu poder de atuação, tanto com a retomada do controle judicial sobre os atos legislativos e de governo como com a expansão política dos direitos

agora submetidos ao abrigo judicial, potencializados sob a condição de direitos fundamentais – notadamente aqueles referidos à relação entre Estado e sociedade, seja em uma perspectiva de não intervenção ou de prestação estatal.

No que concerne ao STF, especificamente, como apresentado acima, tal cenário consolida-se, ainda, na medida da ampliação da competência da jurisdição constitucional e a intensa provocação dos atores políticos, no sentido de testar e buscar delimitar o novo contorno político da relação entre os poderes, conferindo ampla legitimidade e poder político para o STF neste ambiente de definição dos rumos da democracia na nova ordem constitucional.

Não parece difícil compreender como esta súbita sobrecarga política sobre uma estrutura destreinada a participar democraticamente da deliberação sobre conflitos de elevada intensidade política, econômica e social, geraria um curto-circuito institucional, na medida da fórmula que alia expansão política e blindagem institucional e em oposição à sua abertura democrática ao diálogo nos termos da participação e controle social.

Uma fórmula que nos remete novamente à experiência clássica de desenvolvimento sociopolítico da função judicial estadunidense³¹. Como vimos, o processo histórico de expansão política da justiça estadunidense firmou-se em meio a um processo de emergência social que, por seu turno, era acompanhado pelo que McCann (2006) chama de coalização política em torno do *New Deal*, junto ao poder legislativo e executivo fede-

29. Na análise empírica de Koerner e Freitas (2013, p. 180): “No final do processo constituinte, os ministros atuaram como opinantes constitucionais, uma parte deles aliada a conservadores que faziam prognósticos apocalípticos sobre os efeitos da nova Constituição e que estariam na linha de frente das reformas neoliberais nos anos seguintes. Outros ministros adotaram um otimismo moderado e os demais, uma atitude discreta. Mas concordavam com os conservadores sobre a não aplicação de algumas disposições constitucionais substantivas. No momento que antecede a promulgação da Constituição, o STF coordena sua ação com os dirigentes dos tribunais sobre a forma de interpretar os dispositivos polêmicos, como o mandado de injunção e o *habeas data*, limitando a sua eficácia imediata”.

30. Como observa Gargarella (2014, p. 362): “Por un lado, las Constituciones americanas mantienen una organización del poder concentrada, con escasa atención a los órganos deliberativos, y poca apertura efectiva – mas allá de las declamaciones – a la participación popular. Por otro lado, las declaraciones de derechos se extienden, con el paso de los años, pero con poca apoyatura institucional destinada a su realización”.

31. Vale notar que a experiência estadunidense aparece aqui como referencial histórico, usualmente associado ao tema, não assumindo, portanto, enfoque metodológico-comparativo.



ral³². Como se observa da análise de McCann (2006) e Santos (2009), essa coalizão política em torno do New Deal provocou uma mudança estrutural na sociedade estadunidense e um consequente impacto político sobre o judiciário, em especial o federal, que passou a ser acionado pela população com vistas ao acesso e garantia de direitos recém incorporados por um complexo e, às vezes, contraditório conjunto legislativo e administrativo de normas jurídicas.

O que interessa notar aqui, através desta breve referência, é que o judiciário federal não estava dissociado nem se distanciava do momento político, de tal modo que a expansão quantitativa e qualitativa de seu poder de intervenção política e social – notadamente julgando o acesso a políticas públicas e atos administrativos de governo – foi acompanhado por uma decidida postura política de preencher os cargos judiciários, seja em âmbito federal seja na Suprema Corte, por juízes de alinhamento progressista aos movimentos sociais (*civil rights*) e ao *New Deal*³³.

32. Como afirma McCann (2006, p. 43), ao analisar este processo sob a ótica da advocacia dos movimentos envolvidos: “Accordingly, under the New Deal coalition that dominated American electoral politics from the early 1930s until the late 1960s/early 1970s, the Executive branch was frequently an indispensable resource for left cause lawyers”.

33. Nas palavras de McCann (2006, p. 45): “The New Deal programs increased the workload of lower federal judges, who were asked to interpret (often purposively) ambiguous Congressional legislation and administrative guidelines. Congress accommodated this litigation by creating new judgeships, with the size of lower federal bench increasing by over 25 percent to 252 lifetime positions during Franklin Roosevelt’s presidency alone. [...] And presidents have increasingly envisioned vacant judgeships as opportunities to entrench their policy agendas. [...] The federal bench was by the mid-1960s thus guided by a vision of ‘rights-based constitutionalism’. This constitutional vision led judges to be at once deferential to legislatures when dealing with matters of economic regulation and planning and highly skeptical of those same legislatures when they acted on the rights and liberties of minorities.

The unique mix of judicial restraint and activism associated with the federal bench’s rights-based constitutionalism – a so-called ‘double standard’ – created unprecedented opportuni-

ties for left cause lawyers and their clients. Indeed, the Supreme Court’s opinions in the areas of equal protection, religious liberty, and criminal procedure set off a judicially initiated ‘rights revolution’.

A questão que se coloca, portanto, é que a expansão da presença e intervenção judicial na política se equipara à sua interlocução com os agentes públicos e, de um modo especial, com a sociedade. Em outras palavras, o modelo clássico estadunidense sugere que à expansão política do poder judicial corresponda uma interação política da justiça, sem ignorar, neste sentido, a medida em que esta interação se expressa em diálogo, participação e controle social.

Como se observa, a atribuição deste trinômio democrático ao sistema de justiça parece constituir algo mais polêmico por aqui, no bojo cultural de experiências históricas extremas: de um lado o dramático controle político na experiência autoritária, do outro uma confortável blindagem política, econômica e social adquirida com o ingresso meritocrático nas carreiras judiciais a partir do regime democrático.

Vale notar, a título de ilustração, que se nos Estados Unidos os juízes federais são nomeados pelo Presidente da República dentre os quadros da advocacia, os juízes estaduais são eleitos, no âmbito local, pelo sufrágio universal. Longe de avaliar a eficácia judicial de um ou outro modelo, o que se busca refletir é sobre o caráter de abertura à interação e controle social que os modelos apresentam, desde uma perspectiva dos três vetores analíticos apontados por Santos (2009) para uma investigação sobre o desenvolvimento sociopolítico da função judicial: capacidade institucional, independência política e legitimidade social.

Como dissemos com Sousa Júnior (2016), no contexto da passagem para o novo regime constitucional, foram conquistadas, pela

ties for left cause lawyers and their clients. Indeed, the Supreme Court’s opinions in the areas of equal protection, religious liberty, and criminal procedure set off a judicially initiated ‘rights revolution’.



sociedade brasileira, importantes garantias de autonomia e independência da justiça, concebidas originalmente dentre os princípios republicanos inscritos já na Monarquia Constitucional, que caracterizou a breve primeira fase da Revolução Francesa³⁴. Desde então, as noções de autonomia e independência foram concebidas como princípios políticos próprios da função judicial e diretamente referidos à garantia, para a sociedade, de que a solução de conflitos interindividuais e o controle social pela via criminal observariam regras materiais e procedimentais previamente estabelecidas desde uma perspectiva de proteção individual contra a arbitrariedade do poder punitivo do Estado.

Neste ponto cumpre ressaltar, portanto, que a condição política do poder judicial funda-se sobre características que lhe imprimem uma condição política diferencial no quadro da organização dos poderes do Estado. Por isso, conhecer destas características e das diferenças políticas que elas imprimem ao poder judicial estatal, constituem noções da maior importância para compreender as tendências de seu desenvolvimento histórico passado, presente e futuro.

Note-se, então, que estamos aqui a nos referir aos princípios políticos e jurídicos materializados em mecanismos institucionais e normativos de diferenciação política do poder judicial em meio à organização política do Estado, a partir da modernidade ocidental. Tais mecanismos, por seu turno, apresentam-se

como resultado e desenvolvimento histórico dos esforços e tentativas do que Tércio Sampaio (1994) chamou de neutralização política da justiça, nos marcos do Estado Moderno.

De observar, então, a significativa diferença entre as noções de neutralização e neutralidade, nas quais a primeira indica o reconhecimento ontológico da condição política da justiça e a segunda, sua versão distorcida, desenvolve-se como afirmação ideológica da ausência desta condição política no poder judicial.

Dada a sua condição histórica, a noção de neutralização pode inspirar uma postura crítica, orientada para uma transformação democrática da justiça em meio à sua inserção política no processo de democratização da sociedade. Dada a sua condição absoluta, a noção de neutralidade coloca-se a serviço da reprodução das tradições de uma cultura institucional acostumada e orientada à manutenção das coisas como estão.

Assim, há que se atentar, por fim, para a relação eminentemente paradoxal que caracteriza a noção de neutralidade da justiça, qual seja, a produção de um sentido de supremacia política que seria decorrente, justamente, do caráter apolítico – técnico – de sua função.

De notar, neste sentido, a complexidade e os contornos paradoxais assumidos pela relação entre a autonomia e independência, concebidas como mecanismos de neutralização política da Justiça e a ideologia da neutralidade, de outro lado, inscrita como herança histórica na cultura judicial brasileira. Talvez como uma espécie de expressão judicial do patrimonialismo característico da cultura político-institucional brasileira, observa-se que a autonomia e a independência judicial são por vezes alienadas em suas bases de garantias da sociedade, para serem apropriadas e exerci-

34. Constituição Francesa de 1791, Capítulo V: Do Poder Judiciário - Artigo 2. A justiça será concedida gratuitamente por juízes eleitos pelo povo e instituídos por cartas-patentes do Rei, que não poderá recusá-las. Não poderão ser destituídos, senão por prevaricação devidamente demonstrada, ou suspensos, senão por uma acusação comprovada. O acusador será nomeado pelo povo; Artigo 5. O direito dos cidadãos de terminarem definitivamente suas contestações por via [judicial] de arbitragem não pode sofrer nenhum dano por atos do poder legislativo.



das por setores conservadores da magistratura com forte e selecionado efeito de bloqueio em relação às demandas sociais por transparência, participação, diálogo e controle social.

Diante disso, é a partir de uma lógica de verticalização, blindagem e encastelamento político que o Judiciário brasileiro foi institucionalmente desenhado e desenvolveu seus poderes no período recente do regime de enunciado democrático. Uma espécie de paradoxo típico dos sistemas pré-republicanos, nos quais a inserção da instituição no regime político se caracteriza, justamente, pelo seu poder de não se submeter a este regime e de alterá-lo na medida de suas convicções.

Nestes termos, na medida em que afirma situar-se à parte do controle social, o Judiciário brasileiro aproxima-se do soberano do *ancien régime*, o que significa dizer que se coloca não apenas em contradição com o regime democrático, mas em franca disputa política com a soberania popular inscrita logo no artigo 1º da Constituição de 1988 como o princípio fundamental de toda a organização política dos poderes do Estado.

Não é de estranhar, portanto, que com o advento do regime de enunciado democrático e a consequente expansão política da sociedade e do direito, o judiciário brasileiro entraria em curto-circuito. Como observamos por ocasião do volume 2 da série Justiça e Direitos Humanos organizada pela JusDh (2015), com o germinar da nova ordem constitucional, o judiciário se vê diante de uma tensão dilemática, ao deparar a tripla determinação tradicional da função judicial – a saber, a solução de conflitos interindividuais, o controle dos atos de governo e a legitimação da ordem político-constitucional – e as novas demandas apresentadas no bojo da Constituição.

De fato, a abertura política e a constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais viriam desafiar o judiciário brasileiro a se pronunciar sobre os fundamentos do Estado contemporâneo, a relação entre os poderes e o funcionamento da democracia e o impacto das decisões judiciais de elevada intensidade política, sobre a sociedade.

Desse modo, na nova ordem constitucional, o poder judiciário se vê, assim como toda a institucionalidade estatal e a sociedade, diante de desafios históricos para a reconstrução da sua função social. De notar, portanto, o tamanho do problema no qual nos situamos nesta complexa relação política entre o desenho institucional da justiça, a democracia e os direitos humanos no Brasil: se por um lado atingimos um estágio político e social, no qual se vislumbra confiar ao Poder Judiciário a função de solucionar ou intermediar conflitos sociais de alta intensidade política, como a efetivação ou proteção contra a violação de direitos humanos, de outro lado é justamente essa hipótese que desperta o alerta e sérias preocupações acerca da legitimidade e capacidade institucional do Poder Judiciário para lidar com tamanho alargamento político das suas funções.

A ocasião faz a alteração: as PECs sobre indicação para o STF

Compreendido o cenário histórico e conceitual sobre o qual se projeta o fenômeno da expansão política da justiça brasileira, em uma espécie de curto-circuito histórico que viria a se traduzir em curto-circuito institucional, a sociedade brasileira adentra ao século XXI com um novo ator político-institucional que, na medida da expansão do seu protagonismo político, provoca reações dos agentes que veem a cada dia sua condição política e atuação cotidiana supervisionadas pelo controle judicial.



É neste ponto que o regime de enunciado democrático se traduz em freios e contrapesos para, inspirando-se em Isaac Newton, pre-nunciar que “a toda força empreendida sobre um objeto, corresponderá uma reação, em sentido oposto, de mesmo valor e direção”. A primeira iniciativa do sistema político, neste sentido, foi o empreendimento da famigerada reforma do judiciário, promulgada via Emenda Constitucional n.º 45, em dezembro de 2004.

As análises sobre a conhecida EC 45 possuem abordagens distintas. Ao menos dois consensos, no entanto, parecem emergir: de um lado, a forte influência do Banco Mundial e, de outro, a oposição pública da magistratura brasileira. É certo que o grau de influência de cada um destes vetores sobre a reforma varia conforme a análise. Outro fator relevante, foi a intensa mobilização do próprio STF para delimitar os limites da EC 45, após a sua aprovação pelo Congresso, algo semelhante ao que se passou com a própria promulgação da Constituição em 1988³⁵.

Como antecedente histórico vale reivindicar as próprias discussões Constituintes sobre o tema. É certo que uma série de reformas institucionais foram operadas no âmbito do sistema de justiça por ocasião da ANC, em duas direções: redefinição de competências jurisdicionais orientadas seja por uma lógica de roti-

na judicial – como notadamente a criação do Superior Tribunal de Justiça, reorganização judiciária dos Tribunais Regionais Federais – seja de acesso à justiça, como a constitucionalização das defensorias públicas e juizados especiais, bem como a discutível fórmula de varas agrárias itinerantes estaduais.

Em termos da ampliação da esfera de atuação e, portanto, de poder, a Constituição estendeu, como vimos, os poderes de atuação do STF na medida da própria extensão do texto constitucional e dos poderes de controle de constitucionalidade a ele conferidos e por ele alargados. Em um mesmo e intenso sentido foi a ampliação dos poderes conferidos ao ministério público, a ponto de desenvolver neste período uma cultura institucional de hiper-tutela judicial da sociedade, por vezes, à revelia e quase sempre ausente de consulta, diálogo ou construção em conjunto com as suas forças e entidades organizadas, como parecem apontar as análises de Rogério Arantes (1999) e o que teria dificultado ou ao menos mitigado a própria presença e aproximação entre a sociedade civil organizada e o sistema de justiça, como abordam Oscar Vilhena (2008), não raro voltando-se o ministério público contra estas organizações, como apontam Leandro Scalabrin (2008), Luciano Da Ros (2009)³⁶ e Rodriguez (coord. 2013), so-

35. Nos primeiros seis meses de vigência da EC 45, foram tentadas nada menos que onze ações diretas de inconstitucionalidade contra o seu texto, versando desde a própria criação do CNJ (proposta pela AMB) e procedimentos de indicação ao CNMP, passando pela alteração da regra sobre o dissídio coletivo na justiça do trabalho e culminando no instituto do Incidente de Deslocamento de Competência e federalização dos crimes contra os direitos humanos. São elas: ADIn n.º 3.367 (9.12.2004); ADIn n.º 3.392 (20.1.2005); ADIn n.º 3.395 (25.1.2005); ADIn n.º 3.423 (4.3.2005); ADIn n.º 3.431 (10.3.2005); ADIn n.º 3.432 (14.3.2005); ADIn n.º 3.472 (19.4.2005); ADIn n.º 3.486 (5.5.2005); ADIn n.º 3.493 (11.5.2005); ADIn n.º 3.520 (10.6.2005); ADIn n.º 3.529 (28.6.2005).

36. Como conclui Luciano Da Ros (2009), ao refletir sobre tópicos para uma agenda de pesquisa acerca da interação entre o Ministério Público e a sociedade organizada: “Pode-se pensar no Ministério Público e em seus agentes menos como representantes judiciais de interesses da sociedade civil, mas também como atores políticos que atuam de acordo com suas próprias vontades e visões de mundo, a despeito daquelas eventualmente existentes nos movimentos sociais e grupos de interesses. Isto permite pensar que a instituição pode inclusive atuar em contrariedade a segmentos da sociedade civil. Um exemplo pertinente e atual neste sentido fica por conta da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra em que pede a dissolução do movimento sob a alegação de que este atentaria contra a ordem pública” (Da Ros, 2009, p. 49). Vale notar que Da Ros identifica ainda dois outros posiciona-



bretudo tratando de questões sobre conflitos agrários envolvendo o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra.

De modo complementar, as tendências de fortalecimento político do sistema judicial assumiram uma tendência de blindagem agonal – na expressão de Gargarella (2013) – de modo que, por ocasião da Constituinte, foram barradas as propostas de um Conselho da Magistratura que, a exemplo de países como Espanha e Itália, pudessem atuar como uma instância político-administrativa e disciplinar paralela aos tribunais. Para Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2010), tais conselhos proporcionam uma gestão de ingresso (seleção), político-administrativa (do orçamento, *v.g.*) e disciplinar (correcional) mais isenta, desinteressada e politicamente dissociada do exercício jurisdicional.

mentos analíticos sobre o fenômeno de expansão política do Ministério Público. O segundo aponta para um caráter eminentemente positivo desta expansão, atribuída pelo autor aos trabalhos de Luiz Werneck Vianna, a partir da noção de que é a própria sociedade civil organizada em movimentos sociais quem aciona e assim potencializa as funções do Ministério Público que, desse modo, age em coordenação com as demandas postas pela sociedade. O terceiro posicionamento, indicado por Da Ros como intermediário e menos normativo (pró ou contra), pugna por maiores estudos empíricos sobre o tema, postura atribuída aos estudos de Débora Maciel e Andrei Koerner. No sentido desta terceira corrente poderíamos inserir, também, a pesquisa coordenada por José Rodrigo Rodriguez (2013) sobre a advocacia de interesse público no Brasil, uma vez que, apesar de em um modo geral incorporar entidades da sociedade civil e Ministério Público em uma mesma chave analítica (advocacia de interesse público), ressalta em diversos pontos as críticas advindas da sociedade civil em relação ao Ministério Público, em especial na temática ligada aos conflitos territoriais. Talvez um quarto posicionamento, ainda, cronologicamente pioneiro no âmbito deste conjunto de análises, seria o livro de Antônio Alberto Machado e Marcelo Goulart (1992), dois promotores de justiça do Estado de São Paulo que, na virada constitucional, defenderam uma análise e posicionamento institucional alinhado ao movimento do direito alternativo e em diálogo com os movimentos sociais. Vale ressaltar, neste sentido, as valorosas exceções individuais e experiências institucionais orientadas para a proteção e efetivação dos direitos humanos, das quais o caso mais proeminente parece ser o da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, no âmbito da Subprocuradoria Geral da República, no quadro institucional do ministério público federal.

Modelo contrário ao observado no Brasil. Por aqui, a Loman (1979) vincula a gestão político-administrativa e disciplinar à presidência dos tribunais de segunda instância, o que, de um lado, estabelece um sistema de gestão administrativa politicamente vinculado à prestação jurisdicional – como se observa na competência exclusiva da presidência destes tribunais para proferir decisão de suspensão de liminares proferidas contra o poder público e na relação orçamentária estabelecida com o governo e poder legislativo, como retratado por Luciana Zaffalon (2017) – e, de outro lado, estabelece um blindado e submerso sistema de controle interno, à distância do debate e interação social.

Por ocasião da Constituinte, portanto, a proposta de reforma orientada para uma abertura político-institucional do sistema de justiça foi barrada, levando a um fortalecimento político que viria a ser questionado na década seguinte, para enfim receber uma resposta política no ano de 2004. Não sem intensa e pública oposição da magistratura organizada, através de suas associações representativas que, no entanto, conforme relata Glória Bonelli (2008) a partir do caso paulista, em alguma medida aderiram ao discurso de reforma como uma oportunidade para reorganizar a correlação de forças no interior dos tribunais.

Já para Hugo Mello Filho (2003), a reforma foi intensamente influenciada pelas propostas e ingerência do Banco Mundial (1996 e 2003), em especial através de dois documentos técnicos direcionados primeiro para uma agenda de reformas judiciais para a América Latina e, a posteriori, para o caso brasileiro. Conforme abordamos por ocasião do volume II da série “Justiça e Direitos Humanos” (2015), nos parece possível realizar um *check-list* dos frutos extraídos da EC 45 em relação às propostas do Banco Mundial, notadamen-



te no que diz respeito às preocupações com a produção de uma justiça padronizada em nível nacional e voltada para uma maior previsibilidade dos seus resultados, como forma de garantir segurança jurídica para o investimento internacional. Emergem deste processo as súmulas vinculantes³⁷ e os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, órgãos internos do sistema de justiça, com uma tímida e mitigada lógica de participação social – haja vista, como se aludiu acima, que não se tem notícia de qualquer abertura ou convocação de participação social para o preenchimento das “cadeiras da sociedade”, via nomeação pelo Congresso Nacional.

Sem força política para ingressar na agenda da EC 45, as propostas de alteração do processo de indicação e composição do STF seguiram uma tramitação marginal ao longo de toda a década de 2000, emergindo no ano de 2017, em meio a um (in)tenso debate sobre as relações de interdependência entre o Supremo e o Congresso Nacional. Neste sentido, observa-se em tramitação nas duas Casas Legislativas 22 PECs propostas entre os anos de 2001 e 2015, que têm por objeto variadas alterações nos componentes políticos de seleção, composição e permanência nas cadeiras do STF.

No âmbito da Câmara dos Deputados, verificam-se doze projetos propostos entre os anos de 2001 e 2015, com destaques para os anos de 2009 e 2015, com quatro e três proposições respectivamente.

Vale lembrar que, em abril de 2009, o ministro Menezes Direito se afastou do STF por motivos de saúde, vindo a falecer em setembro do mesmo ano. Desse modo, desde o seu afastamento projetou-se a perspectiva de uma

oitava indicação de Lula, que ainda teria à sua disposição, até o fim do mandato no ano seguinte, a vaga decorrente da aposentadoria de Eros Grau. Assim, o ano de 2009 suscitou o debate acerca da quantidade de ministros indicadas/os por Lula e a sua potencial e abstrata ingerência sobre a cultura institucional da Corte. Não bastasse isso, para a vaga de Menezes Direito foi indicado, ainda naquele ano, Dias Toffoli, a indicação mais controversa de Lula, que acabou deixando, no ano seguinte, a indicação para a vaga de Eros Grau para a sua sucessora, Dilma Rousseff.

O ano de 2015 marcou o início do segundo mandato de Dilma Rousseff na Presidência, já começando sob intensa fragmentação política e ataque econômico-empresarial e social. O governo ingressou em um declínio tendencial e constante, perdendo apoio e aliados no Congresso Nacional, sob comando de um desafeto político, o então Presidente da Câmara dos Deputados e hoje deputado cassado, Eduardo Cunha, o que culminaria no mês de dezembro com a tramitação de um controverso procedimento de impeachment, sem fundamento legal, e o consequente golpe parlamentar destituindo Dilma do governo, em abril do ano seguinte. Àquela altura, Dilma já havia realizado cinco indicações e, como vimos, teria ainda até o final do mandato outras cinco a realizar, dando ensejo à retomada do debate sobre o STF e advento à aprovação da PEC da Bengala, naquele mesmo ano.

Entre 2001 e 2005, foram apresentadas na Câmara três propostas, a primeira, a PEC 473/2001, inserindo de modo pioneiro o Congresso Nacional dentre as instituições que deveriam incorporar o poder de indicação, dividindo as vagas do Supremo com a Presidência da República. Já com a PEC 366/2002, tal poder deveria ser completamente deslocado para o sistema de justiça, de modo que as

37. Vale notar que a absoluta maioria das súmulas vinculantes do STF foram editadas na gestão de Gilmar Mendes na presidência do Tribunal.



vagas fossem divididas entre as indicações do poder judiciário, ministério público e OAB, com o poder de escolha delegado ao próprio STF. Já no ano de 2005, a PEC 484 voltaria a deslocar o poder de indicação e escolha agora, exclusivamente, para o Congresso Nacional, inserindo de modo pioneiro um sistema de impedimentos (restrição *ex ante*) e alterando a quarentena (restrição *ex post*), inserida pela EC 45/2004.

No ano de 2009, observa-se o advento da primeira proposta em que se faz referência à participação, no processo de indicação, de instituições que estejam situadas para além do sistema político e de justiça, ainda que através de uma mediação institucional bastante restrita, para não dizer oligárquica. Neste sentido, a PEC 342/2009, proposta por Flávio Dino (PC do B/MA), ex-juiz federal, previa que as vagas fossem divididas entre a Presidência da República, o Congresso Nacional e o STF, a partir de listas de indicação formuladas por uma comissão de juristas composta por membros do poder judiciário, ministério público, OAB e faculdades de direito, que possuíssem programas de doutorado em direito com mais de dez anos de funcionamento. Instituíva, ainda, de modo pioneiro e, dali para frente marcante nas propostas que a sucederam, o instituto do mandato, sem recondução, alterando também os requisitos da quarentena.

Já a PEC 393/2009 previa a instituição de um Conselho Eleitoral composto por centenas de juristas advindos de todas as instituições judiciais e indicados pelo Poder Executivo e Legislativo da União e todos os Estados da Federação³⁸. O Conselho deliberará mediante o

recebimento de currículos, de modo que o mais votado, ao final de dois escrutínios, deva ser nomeado pela Presidência da República. Por fim, a PEC 434/2009 prevê que a nomeação seja realizada pela Presidência, a partir de lista formulada pelo STF, garantidas as vagas destinadas à magistratura de carreira e a PEC 441/2009 propõe um mecanismo automático que alçaria o decano do STJ às vagas abertas no STF.

No ano de 2015, a PEC 55 não propõe qualquer inovação em relação às anteriores, concentrando-se na instituição de mandato, ao passo que a PEC 90/2015 também reafirma o mandato, sem recondução, instituindo uma pensão ao final do respectivo período. A PEC 95/2015 mantém esse sistema, mas retomando a ideia da divisão das vagas e, portanto, do poder de indicação e escolha entre a Presidência da República, o Congresso e o STF, reservando vagas em sua composição para os egressos do poder judiciário.

No ano de 2015, ainda, no ambiente de intensas disputas e ataques que pouco insinua-

do Tribunal Superior do Trabalho; o mais antigo Desembargador de cada Tribunal de Justiça e um Juiz de Direito de cada Estado e DF, indicado pela Associação dos Magistrados; cinco Juizes Federais mais antigos de cada Tribunal Regional Federal e seis Juizes Federais de cada região; o juiz mais antigo de cada Tribunal Regional do Trabalho de cada região; 21 membros do Ministério Público da União, indicados pelos Subprocuradores da República; um membro do Ministério Público Estadual de cada Estado e do DF, indicado pela associação da entidade; um advogado representando a seccional de cada Estado eleito pela maioria dos conselheiros da Ordem dos Advogados do Brasil em cada Estado da Federação; 24 cidadãos de notável saber jurídico indicados: doze pela Câmara dos Deputados e doze pelo Senado Federal; doze cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada indicados pelo Presidente da República; um cidadão de notável saber jurídico e reputação ilibada indicado pelas Assembleias Estaduais de cada Estado e do DF; um cidadão de notável saber jurídico indicado por cada Governador de Estado e do DF. O Conselho Eleitoral será presidido pelo Presidente do STF e, na ausência ou impedimento deste, pelo ministro mais antigo do Tribunal. Os candidatos que preenchem os requisitos para ocupar o cargo de ministro do STF definidos no caput do art. 101, deverão se habilitar às vagas, perante a Presidência do Conselho, mediante o envio dos respectivos currículos que serão encaminhados a todos os conselheiros”.

38. Conforme o texto da PEC 393/2009: “Os ministros do STF serão nomeados pelo Presidente da República após escolha realizada pelo Conselho Eleitoral, que se comporá de: cinco ministros mais antigos do STF; cinco ministros mais antigos do Superior Tribunal de Justiça; cinco ministros mais antigos



vam harmonia entre os poderes, como sugere o artigo 2º do texto constitucional, o Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, criou uma Comissão Especial destinada a proferir parecer à nova PEC 473-A/2001, que apensou ao seu texto todas as outras PECs mencionadas³⁹, delegando a relatoria ao deputado Osmar Serraglio (PMDB/PR), que em seu parecer propõe, enfim, um modelo no qual as vagas do STF sejam preenchidas por juristas entre 45 e 65 anos (na atualidade, a Constituição prevê a idade mínima de 35 anos), sendo divididas, rotativamente, quatro para a Presidência da República, quatro de modo alternado para a Câmara e Senado e três para o STF.

A Presidência possuiria poder de livre indicação, submetida à aprovação do Senado. As vagas da Câmara e Senado seriam decididas por maioria simples, a partir de listas formuladas, alternadamente, pelo ministério público e OAB. As vagas do STF seriam por ele escolhidas a partir de listas formuladas, alternadamente, pelos Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho, e Tribunais de Justiça.

Em seu relatório, Serraglio propõe, ainda, impedimentos *ex ante* atrelados às indicações realizadas pela Presidência, que não poderiam, nos dois anos anteriores, ter exercido mandato eletivo, ocupado os cargos de Ministro de Estado, Procurador-Geral da República, Defensor Público-Geral da União e Advogado-Geral da União, ou exercido a função de presidente de partido político. Além disso, a proposta prevê um mandato de doze anos, vedada a recondu-

ção, aliado a uma fórmula de quarentena que tornaria os egressos do Tribunal inelegíveis e impedidos de exercer a advocacia pelo prazo de dois anos. Se for egresso de qualquer cargo efetivo na administração pública, no entanto, terá direito de regresso ao cargo.

Desde o ano de 2016, o parecer de Osmar Serraglio aguarda aprovação na Comissão Especial, amortecido com a cassação do mandato de Eduardo Cunha e o impedimento de Dilma Rousseff, que imprimiu uma virada drástica na agenda legislativa do país, primeiro decidida a apurar a Presidenta do cargo a despeito da existência ou não de fundamento jurídico e, depois, dedicada às agendas de retirada de direitos sociais trazidas à baila por Michael Temer.

Em uma perspectiva consolidada, apresenta-se no Quadro 1 o quadro geral das PECs apensadas ao parecer de Osmar Serraglio (página seguinte).

No âmbito do Senado Federal um cenário semelhante pode ser observado, com alguma diferença na dimensão temporal. De fato, naquela Casa foram observadas a existência de dez PECs versadas sobre o tema aqui analisado, porém distribuídas em um lapso temporal mais recente: duas nos anos de 2012 e 2013 cada, três no ano de 2014, e cinco no movimentado e atípico ano de 2015.

O ano de 2012 é inaugurado com a PEC 44, que propõe deslocar da Presidência da República para o Senado Federal o poder de escolha de ministras/os do STF, a partir de listas formuladas, alternadamente, pela Presidência da República, Câmara dos Deputados, CNJ, CNMP e OAB, instituindo, ainda, impedimentos *ex ante* para as candidaturas. Já a PEC 58/2012 viria propor apenas a instituição de mandato.

39. O relatório de Serraglio (2015) assim se refere ao conjunto das PECs: “Face ao exposto, voto pela admissibilidade das Emendas n.ºs 01, 02 e 03; aprovação das Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 473-A de 2001; 484 de 2005; 342 de 2009; 434 de 2009 e das Emendas n.ºs 02 e 03, na forma do substitutivo ora apresentado; e pela rejeição das Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 566 de 2002; 393 de 2009 e 441 de 2009 e da Emenda n.º 01”.

**Quadro 1 – Quadro Geral PECs – Câmara dos Deputados**

PEC	Presidência	Congresso	STF	Judiciário	MP/OAB	Sociedade	Impedi- mento	Mandato	Quarentena
PEC 473/2001	X	X							
PEC 366/2002			X	X	X				
PEC 484/2005		X					X		X
PEC 342/2009	X	X	X	Comissão Juristas	Comissão Juristas	Comissão Juristas		X Sem recondução	X
PEC 393/2009	CONSELHO ELEITORAL					Candidatos	X	X Sem recondução	X
PEC 434/2009	X		Lista	X			X		X
PEC 441/2009				X Decano STJ					
PEC 55/2015	X							X	
PEC 90/2015	X							X Sem recondução	Pensão
PEC 95/2015	X	X	X	X			X	X Sem recondução	Pensão
Câmara PEC 473- A/2001	X	X	X	Lista	Lista		X	X Sem recondução	X
Total/10	6	4	4	5	2	2	4	5	6

No ano seguinte, a PEC 03/2013 viria restringir o poder de escolha da Presidência da República, na medida em que sua deliberação ficaria adstrita a listas formuladas pelo poder judiciário, ministério público e OAB, instituindo também impedimentos *ex ante* e mandato. Já a PEC 50/2013 mantém essa fórmula de indicação por listas, porém dividindo a escolha entre Presidência da República e Congresso Nacional.

Em 2014, a PEC 03 viria propor que a Presidência teria o poder de escolha vinculado a listas elaboradas pelo Congresso Nacional, delimitando-se as vagas na Corte entre as car-

reiras da magistratura, ministério público e advocacia. Nos termos da PEC 46/2014, de outro lado, a Presidência da República perde seus poderes de participação no processo de indicação e escolha, transferindo-o ao Congresso Nacional, a partir de listas formuladas pelo STF e Tribunais Superiores. O modelo é repetido na PEC 55/2014, porém conferindo à Presidência o poder de veto sobre a escolha do Congresso.

No ano de 2015, é observada a entrada de um novo elemento na pauta. Em função da demora de cerca de oito meses para a indicação de Luiz Edson Fachin para a vaga de



Joaquim Barbosa – que havia antecipado sua aposentadoria em função das conhecidas dores nas costas – as PECs 17/2015, 35/2015 e 46/2015 e 59/2015 inserem no debate uma espécie de dever de celeridade da Presidência para exercer o poder de indicação, sob pena de crime de responsabilidade (PEC 59/2015) ou da mesma ser realizada pelo Senado Federal. Para além disso, a PEC 35/2015 previa ainda que a escolha da Presidência ficaria adstrita a listas formuladas pelo sistema de justiça, retomando na Casa, ainda, o debate sobre mandato e quarentena. Já a PEC 52/2015, enfim, de um modo inusitado, propõe que as vagas para o STF sejam preenchidas por meio de concurso público de provas e títulos, instituindo também mandato para os novos concurreiros.

A exemplo do ocorrido na Câmara dos Deputados, no ano de 2015, a Presidência da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado designou, depois de três anos da propositura da PEC 44-A/2012, a relatoria da matéria à Senadora Ana Amélia (PP/RS), que no mesmo ano elaborou uma proposta compilando todas as PECs acima descritas.

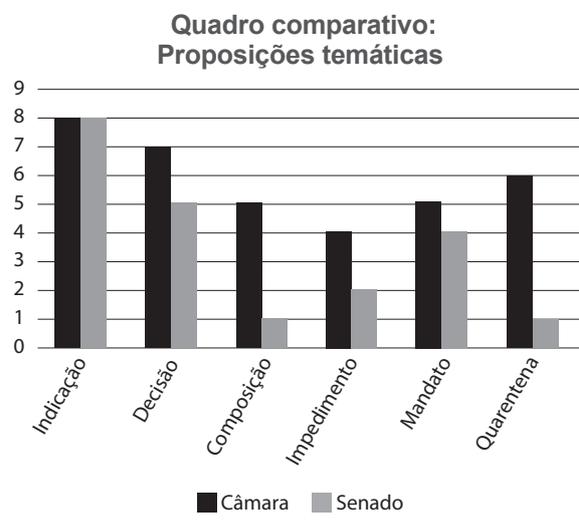
Nestes termos, a escolha seria realizada pela Presidência da República, a partir de lista tríplice elaborada no prazo de até um mês a contar do surgimento da vaga, por um colegiado composto pelos Presidentes do STF, STJ, TST, STM, TSE, além da/o Procurador-Geral da República e da/o Defensor Público-Geral Federal (sic), completado, enfim, pela/o Presidente do Conselho Federal da OAB. A PEC prevê, ainda, a vedação (*ex ante*) da indicação de quem tenha ocupado mandato eletivo federal ou cargo de Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União ou Ministro de Estado, nos quatro anos anteriores à indicação.

Diante disso, a/o Presidente da República deve comunicar a sua escolha ao Senado em até um mês, para que este então proceda à aprovação por maioria absoluta. Por fim, a proposta institui um mandato de dez anos, sem recondução e uma quarentena de cinco anos para exercício de cargo eletivo.

A proposta apresentada pela Senadora Ana Amélia restou dormente na CCJ entre setembro de 2015 e fevereiro de 2017, quando a temática voltou à tona, e a referida proposta à pauta da Comissão mais importante da Casa, em função da morte do ministro Teori Zavascki, no mês de janeiro de 2017. Assim, ainda no mês de julho do mesmo ano, a proposta foi aprovada na CCJ e imediatamente encaminhada ao Plenário da Casa, onde no mês de setembro foi realizada a leitura do parecer, liberando-o, assim, para a votação em primeiro turno.

Desse modo, o Quadro 2, na página 34, apresenta um quadro geral das referidas PECs no Senado Federal.

Desse modo, observando o quadro geral de proposições nas duas Casas Legislativas, seria possível extrair o seguinte quadro comparativo de proposições temáticas:





Quadro 2 – Quadro Geral PECs – Senado Federal

PEC	Presidência	Congresso	STF	Judiciário	MP/OAB	Sociedade	Impedi- mento	Mandato	Quarentena
PEC 44/2012	Lista	Senado*X		CNJ Lista	MP/OAB Lista		X		
PEC 58/2012	X							X Sem recon- dução	
PEC 03/2013	X		Lista	Lista	Lista		X	X	
PEC 50/2013	X	X	Lista	Lista	Lista				
PEC 03/2014	X	Lista		Vagas	Vagas				
PEC 46/2014		X	Lista	Lista					
PEC 55/2014	Veto	X	Lista	Lista					
PEC 17/2015	X	X Inércia Senado							
PEC 35/2015	X	X Inércia Senado	Lista	Lista	Lista			X Sem recon- dução	X
PEC 46/2015	X	X Inércia Senado							
PEC 52/2015	Concurso Público							X	
PEC 59/2015	X Crime Resp.								
PEC 44- A/2012	X	Senado Aprovação	Lista	Lista	Lista		X	X Sem recondução	X
Total/12	10	8	6	8	6	0	2	4	2

Nestes termos, verifica-se que a categoria que sofre maior número de propostas de alteração em ambas as Casas diz respeito ao poder presidencial de livre indicação (*de jure*) de candidaturas, sendo atacado em dezesseis das vinte e duas propostas analisadas, com oito propostas em cada uma das Casas. No mesmo sentido, observa-se uma certa simetria no que diz respeito à intenção de alteração das instituições que deliberam sobre a aprovação, o que já não ocorre com a temática referente à reserva de vagas da Corte para as institui-

ções do sistema de justiça, preocupação mais presente na Câmara dos Deputados que no Senado, o que sugere, por sua vez, uma maior eficácia do lobby das associações das carreiras da magistratura e ministério público sobre as/os deputados. Se há outra categoria que parece captar a adesão de deputados e senadores é a instituição de mandatos para a Corte, ao passo que a questão da quarentena, que ganha relevo na medida da instituição de mandato, apresenta maior relevância na Câmara que no Senado.



Assim, de um modo geral, seria possível talvez identificar duas tendências que poderiam, em um eventual cruzamento de propostas na medida do processo legislativo, produzir algum consenso entre as duas Casas: de um lado, discussões que busquem alterar a forma de indicação, retirando a exclusividade da prerrogativa da Presidência da República e deste modo distribuindo competências de escolha para o Congresso e o STF, de outro lado, a instituição de mandatos, alterando o atual modelo de vitaliciedade.

A esta altura interessa relacionar as propostas ao processo legislativo. Nos termos do artigo 60 da Constituição de 1988⁴⁰, a tramitação de Emendas Constitucionais deve seguir um rito especial. Nos termos do inciso I do referido artigo, para que seja admitida a tramitação de uma proposta, é necessária a adesão de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado. Admite-se, ainda, a propositura pela/o Presidente da República (inciso II), ou “de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros” (inciso III).

Nos termos do § 2º do mesmo artigo 60, “§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. Analisando o conjunto das vinte e duas propostas em tramitação no Congresso,

40. Constituição de 1988. “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. [...]”.

todas apensadas no ano de 2015, à PEC 473-A/2001 e à PEC 44-A/2012 na Câmara e Senado, respectivamente, verifica-se que nenhuma delas, até o momento, foi ainda aprovada em primeiro turno na sua respectiva Casa de proposição, sendo no Senado onde o processo se encontra em estágio mais avançado, à espera da votação em primeiro turno no Plenário.

Em paralelo, observou-se que as proposições analisadas e respectivas movimentações respondem a uma lógica estritamente conjuntural, ocasiões de momento, em contraposição a processos estruturais de discussão, como verificado com a EC 45, ainda que ela própria seja alvo de considerações semelhantes. Neste sentido, não parece possível avaliar ou projetar um cronograma de tramitação para as PECs em questão, ao passo que, em sentido contrário, seria possível cogitar a retomada de sua tramitação nos momentos em que novas vagas sejam abertas no Tribunal⁴¹, o que a princípio, a contar pela lógica da aposentadoria compulsória aos 75 anos, aconteceria no mês de novembro do ano de 2020, com a aposentadoria do ministro Celso de Mello, seguido no mês de julho do ano seguinte por Marco Aurélio de Mello.

As propostas consolidadas em cada uma das Casas, estão expressas no quadro comparativo na página seguinte (Quadro 3).

Assim, como é possível observar no Quadro 3, a partir da comparação entre as temáticas alteradas, verificam-se algumas semelhanças

41. Essa é a opinião da própria Senadora Ana Amélia, que em seu voto afirma “Quanto ao mérito, o tema é oportuno e de discussão recorrente no Congresso Nacional. Geralmente ocasionado pela nomeação de um novo membro da Suprema Corte, esse debate ressurgiu com força em relação à necessidade de uma nova norma constitucional acerca desse processo. Prova disso são as inúmeras propostas que tramitam nas duas Casas em relação ao tema” (Senado Federal, 2015, p. 8).

**Quadro 3 – Quadro Comparativo – Câmara e Senado**

PEC	Presidência	Congresso	STF	Judiciário	MP/OAB	Sociedade	Impedimento	Mandato	Quarentena
Câmara PEC 473- A/2001	4 Vagas	4 Vagas	3 Vagas	Lista STF	Lista Congresso		2 anos	12 anos	2 anos
Senado PEC 44- A/2012	Escolha	Senado Aprovação	Lista				4 anos	10 anos	5 anos

de conteúdo que talvez poderiam apontar para tendências de aprovação, em um eventual momento de entrecruzamento da discussão nas duas Casas. Aqui, novamente, parece ser o caso de alterações que indiquem a retirada do poder de exclusividade (*de jure*) de indicação de candidaturas pela Presidência da República, ainda que as propostas divirjam sobre o modo como esta alteração reorganizaria tal poder, dado que na Câmara cogita-se a distribuição rotativa da escolha na medida da divisão das vagas do Supremo entre os três Poderes da República, ao passo que, no Senado, o modelo *de jure* de escolha seria alterado apenas no que diz respeito ao poder de indicação da Presidência da República, que ficaria adstrito a uma lista formulada por uma comissão de juristas formada pelas cúpulas das instituições do sistema de justiça.

Um consenso talvez mais anunciado seria a instituição de impedimentos *ex ante* – hoje inexistentes na Constituição – orbitando em torno da vedação a pessoas que tenham exercido presidência de partido, cargos eletivos ou de governo, ou ocupado a Procuradoria-Geral da União em um lapso temporal de dois a quatro anos anteriores à indicação. No mesmo sentido parece apontar a instituição de mandato e quarentena, variando, a princípio, apenas o tempo de permanência na Corte, entre dez e doze anos sem recondução nas propostas do Senado e da Câmara, respectivamente, ao passo que a quarentena seria de dois anos de inelegibilidade e exercício

de advocacia (Câmara) ou cinco anos para o exercício de cargo eletivo (Senado), mantendo-se, assim, a quarentena de três anos para a advocacia, instituída pela EC 45.

Outro consenso que chama atenção nas propostas consolidadas nas duas casas, é a completa ausência da hipótese de participação social no processo de escolha das/os ministros do STF, o que dá ensejo a um campo de discussão sobre quais elementos estão ausentes nas propostas, mas deveriam integrar o debate, desde um paradigma de democratização da justiça, fundado na participação social e compromisso com os direitos humanos.

Referenciais empíricos da análise: as PECs 473-A/2001 (Câmara) e 44/2012 (Senado) e as experiências internacionais

Percorrido até aqui um caminho dialético introduzido e inicialmente desenvolvido desde uma abordagem analítica sobre a temática dos mecanismos *de jure* e o processo *de facto* de escolha para as ministras/os do STF, passando pela dimensão histórico conceitual da expansão política da justiça brasileira no regime de enunciado democrático, para então encontrar as PECs que dão momento à discussão, a título de considerações finais cumpre empreender uma tradução analítica das referidas PECs, para então, discutindo as duas proposições de consolidação na Câmara e no Senado, aliado à abordagem panorâmica



sobre experiências internacionais de escolha de ministras/os para as Cortes Constitucionais, traçar enfim um modelo mais adequado ao processo de democratização da justiça defendido e empreendido pela JusDh.

Desde uma perspectiva geral, respondendo a uma pergunta sobre “o que está em jogo”, observa-se que o conjunto de propostas endereçam os seguintes componentes, assim categorizados em uma perspectiva analítica:

Quadro 4 – PECs - Objeto Componentes do Desenho Político-Institucional do Poder Judiciário

1. Poder de indicação (quem seleciona)
2. Poder de decisão (quem escolhe)
3. Desenho de composição (quem compõe)
4. Impedimentos (restrição *ex ante*)
5. Vigência (mandato)
6. Quarentena (restrição *ex post*)

Tais categorias seriam assim expressas, nos termos do quadro seguinte.

Quadro 5 – Delimitação das Categorias

1. Poder de indicação (quem seleciona)

Qual instituição tem o poder de participar da indicação de candidaturas, selecionando aquelas/es juristas que estão efetivamente concorrendo ao cargo?

Qual o procedimento de indicação, suas etapas e instituições participantes, a forma e modulação da indicação (lista, indicação individual, candidatura aberta)?

2. Poder de decisão (quem escolhe)

Qual instituição possui o poder de, efetivamente, decidir sobre quem ocupará o cargo?

Qual o modelo decisório, quantas instituições e qual forma de deliberação, através de acordo ou alternadamente, decisão monocrática ou colegiada, poder de veto ou sufrágio popular?

Qual o fundamento do poder de decisão: político ou técnico-jurídico?

3. Desenho de composição (quem compõe)

Quais instituições devem possuir uma reserva de vagas para os seus quadros?

Quais identidades étnico-raciais, de gênero e sexualidade e regionais devem ser afirmativamente consideradas?

4. Impedimentos (restrição *ex ante*)

Quais os critérios de restrição de indicações, no que diz respeito à independência judicial?

Vinculação ao governo, político-partidária, ao poder econômico?

5. Vigência (mandato)

Qual o caráter temporal de permanência na Corte, em sua relação de independência com as instituições de nomeação, a estabilidade da jurisprudência e o acompanhamento da dinâmica social?

Qual o caráter temporal equivalente à legitimidade do poder de nomeação e de exercício do cargo?

6. Quarentena (restrição *ex post*)

Qual o mecanismo apto ou necessário para afastar a influência do prestígio do cargo sobre o sistema judicial, uma vez cumprida a missão constitucional?

Lapso temporal ou aposentadoria imediata?

Vedação ao exercício de advocacia contenciosa, cargo eletivo, de governo ou retorno à carreira pública no sistema de justiça?

Relação de tal componente com a instituição de mandato.

Tendo estas categorias em mente, cumpre analisar o conteúdo dos relatórios das PECs consolidadas na Câmara e Senado, para então apontar suas incongruências e, finalmente, os caminhos para o STF que queremos projetar, desde uma perspectiva de democratização da justiça e compromisso com os direitos humanos.

**Voto do Deputado Osmar Serraglio
PEC 473-A/2001**

Câmara dos Deputados

Em seu voto, Osmar Serraglio traz uma extensa argumentação sobre a relação entre o advento do constitucionalismo e a legitimidade do Tribunal Constitucional em relação à soberania popular, citando Norberto Bobbio⁴². Discorre ainda sobre a evolução do controle de constitucionalidade no mundo e do modelo brasileiro,

42. “Sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas possibilidades de durar” (Bobbio apud Câmara dos Deputados, 2015, p. 11).



para então concluir que o processo de escolha de ministros/os para o Supremo “deve ser diferenciado da investidura dos magistrados da jurisdição ordinária, por se tratar de uma Corte de natureza jurídico-política que decide questões relativas à proteção dos direitos fundamentais; ao controle de constitucionalidade; ao equilíbrio entre os poderes e entes federativos; e à garantia da repartição de competências constitucionais” (2015, p. 14)⁴³.

Ao passar da análise teórico-conceitual para o caso brasileiro, no entanto, o relatório descola-se da extensa construção conceitual, para agarrar-se a um único argumento recortado de José Afonso da Silva, para quem o modelo brasileiro seria visto com censuras ao dar predominância ao Poder Executivo na escolha. Assim, o parecer agarra-se sobre essa afirmação como uma premissa, sem maior esforço ou lastro argumentativo, fático ou empírico, deslocando-se da teoria para a opinião de que o atual modelo desequilibra a democracia brasileira, sem explicitar porque esse argumento seria efetivamente condizente com a realidade.⁴⁴

Vale notar, neste sentido, que o relatório abstrai o fato de que a escolha passa pelo crivo do Senado Federal, elemento essencial de *checks and balances* do modelo constitucional brasi-

43. “Nesse contexto, o processo de escolha dos membros das supremas cortes e dos tribunais constitucionais deve ser diferenciado da investidura dos magistrados da jurisdição ordinária, por se tratar de uma Corte de natureza jurídico-política que decide questões relativas à proteção dos direitos fundamentais; ao controle de constitucionalidade; ao equilíbrio entre os poderes e entes federativos; e à garantia da repartição de competências constitucionais” (Câmara dos Deputados, 2015, p. 14).

44. “O formato político brasileiro permite uma peculiar e indesejada ligação com o chefe do Poder Executivo que compromete a autonomia do Supremo Tribunal Federal. A nosso ver, o modelo tradicional brasileiro de escolha dos ministros deve ser revisto radicalmente. Dessa forma, algumas alterações na composição, na forma de investidura, no tempo de permanência e nos impedimentos dos membros do STF são absolutamente indispensáveis para preservação de sua legitimidade e ampliação de sua independência e imparcialidade” (Câmara dos Deputados, 2015, p. 15).

leiro (*de jure*), nos termos das análises empíricas sobre este processo, trazidas por Llanos e Lemos (2013), Kapiszewski (2010) e outros. A despeito disso, em tom de conclusão, o relatório indica que a solução – algo mágica, dada a ausência de qualquer elemento empírico ou mesmo fático trazido ao relatório – seria distribuir as vagas do Tribunal entre os três Poderes da República, com a participação do Ministério Público e OAB, desenho *de jure* que “tornará o processo seletivo mais democrático e menos suscetível de indicações equivocadas, evitando-se a excessiva politização de uma escolha, que deve ser eminentemente técnica”⁴⁵.

Como se observa, o relatório se contradiz ao afirmar teoricamente a condição jurídico-política do Tribunal, para então concluir que a escolha deve ser eminentemente “técnica”. Mais grave que isso, é verificar a completa desconexão entre a delimitação conceitual, a realidade (fática ou empírica) do processo de indicação no Brasil e a conclusão, com ares de alteração da Constituição, sobre o objeto da PEC.

Como vimos, nas análises trazidas acima, o atual modelo *de jure* de indicação para o STF não se caracteriza, em sua arquitetura política de escolha *de facto*, por uma excessiva politização das indicações, justamente em função da inserção (e fragmentação política) do Senado Federal, conforme demonstram Llanos e Lemos (2013), Kapiszewski (2010) e Daniel Brinks (2010). Em sentido contrário, em estudo comparativo das Cortes Constitucionais

45. “A indicação dos ministros pelo chefe do Executivo, pelo Judiciário, pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados proporciona um balanceamento entre os poderes na designação dos membros do Tribunal. Além da participação dos três poderes, a presença do Ministério Público e Ordem dos Advogados do Brasil tornará o processo seletivo mais democrático e menos suscetível de indicações equivocadas, evitando-se a excessiva politização de uma escolha que deve ser eminentemente técnica” (Câmara dos Deputados, 2015, p. 15).



na América Latina, Ríos-Figueroa (2010) categoriza o STF como um tribunal forte no que tange aos mecanismos *de jure* (*ex ante* e *ex post*) de independência, ao passo que as escolhas do período democrático se caracterizaram, em sua maioria, por indicações cautelosamente fundadas no argumento técnico, produzindo uma Corte de jaez centrista e conservadora, o que se apresentou como consenso para as/os especialistas analisados.

De fato, o caráter de intensa participação e efetiva influência de senadores no processo de escolha foi empiricamente verificado em ao menos treze de vinte e duas indicações, analisadas entre 1989 e 2010 por Llanos e Lemos (2013), às quais poderíamos somar, ainda, todas as cinco indicações de Dilma Rousseff (três ministras/os de Tribunais Superiores, vale lembrar) e excetuar a indicação por Michael Temer de seu Ministro da Justiça, organicamente ligado ao PSDB do Estado de São Paulo, no qual ocupava o cargo de Secretário de Justiça e Segurança Pública, conforme a tradicional aliança entre ministério público e governo estadual, relatada por Luciana Zaffallon (2017).

Voto da Senadora Ana Amélia PEC 44/2012

Senado Federal

A Senadora Ana Amélia apresenta um voto mais objetivo, orientado por uma lógica de compilação de proposições, buscando aderir ou refutá-las. Neste sentido, parece voltar-se para o interior do debate no Senado, pouco preocupada com a fundamentação ou a produção de um argumento sobre a necessidade de alteração constitucional.

Neste sentido, a senadora também assume a necessidade de alteração da fórmula de escolha como uma premissa, afirmando que no modelo atual a indicação é “feita hoje de forma discricionária pelo Presidente da Re-

pública” (2015, p. 09), o que incorreria em violação à impessoalidade, o que afronta a interdependência e harmonia entre os poderes da União⁴⁶. Assim como Osmar Serraglio, no entanto, não há no texto uma fundamentação teórica, nem menos empírica ou factual, que busque justificar tal argumento que, por seu turno, parece algo inusitado, pois abstrai a instituição Presidência da República, para atribuir ao cargo o caráter de personalidade.

Se o voto apresenta um argumento, que indique a necessidade de alteração da fórmula de escolha, ele se assenta sobre o fato do Poder Judiciário estar exposto na mídia. De fato, a senadora afirma que a reestruturação do modelo seria fruto dessa exposição, “de forma a acompanhar as mudanças sociais e culturais advindas da cidadania brasileira” (2015, p. 09)⁴⁷. Sob risco de realmente não estarmos compreendendo o argumento exarado no voto em análise, não foi possível identificar a relação de causa e efeito entre a exposição do judiciário e a necessidade de alteração do processo de escolha de ministras/os para a Corte. O argumento apresenta-se, assim, deveras ilógico, algo como um exercício retórico ausente de conteúdo.

Assim, em face do realmente grande número de proposições postas à sua análise, a Senado-

46. Afirma a Senadora: “A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da tripartição dos Poderes em seu art. 2º: “São poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Por si só, esse princípio deveria nortear a atuação isenta e impessoal dos Poderes da República. Não obstante, é sabido que há dificuldade, na prática, de garantir à sociedade que a impessoalidade ocorra, sobretudo quando se fala da forma de indicação dos Ministros do STF, feita hoje de forma discricionária pelo Presidente da República” (2015, p. 09).

47. Assim expressa a senadora: “O Poder Judiciário está hoje tão ou mais exposto à mídia quanto os demais Poderes da República. Como fruto dessa exposição, que – destaque-se – é salutar e consagra o princípio da publicidade, é razoável que se pense numa reestruturação desse modelo, de forma a acompanhar as mudanças sociais e culturais advindas da cidadania brasileira” (2015, p. 09).



ra passa ao exercício de adesão e afastamento de propostas, partindo do pressuposto de que todas elas “buscam aperfeiçoar uma regra considerada obsoleta e pouco transparente” (2015, p. 09). Interessante notar que, se de um lado, não são apresentadas explicações mais profundas sobre o porquê da norma ser obsoleta – para além da alusão de afronta à impessoalidade e a exposição do judiciário na mídia – de outro lado, também não foi possível encontrar no voto a justificativa sobre de que modo as propostas apresentadas representariam um modelo adequado às “mudanças sociais e culturais da cidadania”.

De fato, a senadora realiza, a partir, daí boas considerações sobre as propostas de alteração que lhe foram apresentadas, mas sempre partindo da premissa de que há necessidade de mudança. Quer dizer, a lógica é a construção da melhor mudança, sem que se discuta a necessidade de mudança. Neste sentido, quer dizer, no sentido da “melhor mudança”, a senadora assume outra premissa não fundamentada: ao analisar a proposta que desloca para o Senado o poder de escolha, assevera: “É justamente essa politização da Justiça que se busca evitar na composição do Supremo Tribunal Federal” (2015, p. 10). De outro lado, refuta a proposta de nomeação por concurso público, por conferir um viés tecnicista que não tem precedente internacional.

Assim, a senadora acredita que sua proposta, na medida desta costura de proposições, “avança de modo considerável no objetivo de aperfeiçoamento do sistema, sem deixar de observar o equilíbrio necessário, com vistas a preservar a institucionalidade”, o que seria então realizado conferindo o poder de indicação a um colegiado de juristas formado pelas cúpulas judiciais para que, então, a Presidência da República realize a escolha, submetendo-a à apreciação do Senado Federal.

Um elemento interessante trazido no voto é a importância da inusitada inclusão do Defensor Público-Geral da União neste colegiado de juristas, sob o argumento de que, assim, o colegiado iria se voltar para a realização da justiça social, uma vez que, “devido a sua proximidade com as bases da sociedade e sua pretensão à universalidade, nada mais justo que esse personagem integre e contribua para a escolha de alguém que julgará questões de impacto para toda a coletividade” (2015, p. 11).

É certo que este é argumento da maior relevância para o fenômeno jurídico-político em questão e a ele retornaremos, na sequência, ao abordar a fórmula de um modelo de escolha de ministras/os mais próximo à agenda social por democratização da justiça e a respectiva justificativa de sua necessidade.

Neste íterim, no entanto, cumpre realizar uma breve e panorâmica abordagem sobre diferentes experiências internacionais no que diz respeito ao desenho de *jure* de escolha de ministras/os para as Cortes Constitucionais.

Experiências internacionais

A fim de estabelecer, enfim, um modelo de escolha das/os ministros do STF fundado em um paradigma de democratização da justiça, vale buscar referenciais internacionais na tentativa de identificar experiências traduzíveis e adaptáveis para a realidade brasileira.

Neste ponto, a pesquisa contou com o trabalho coletivo de diversos/as pesquisadoras que buscaram, a partir de um roteiro analítico previamente definido, traçar os elementos *de jure* do processo de escolha de ministras/os das Cortes Constitucionais em diversos países. O roteiro analítico foi composto de três eixos de questões, o primeiro buscando levantar elementos de composição da Corte



investigada, o segundo buscando identificar elementos do sistema de pesos e contrapesos na relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário e o terceiro reconhecendo os mecanismos de autonomia e independência judicial.

A investigação pautou-se pelo levantamento de informações objetivas sobre o modelo de jure de composição e escolha de membros das Cortes Constitucionais, a partir de oito questões:

Quadro 6 - Roteiro Analítico – Experiências Internacionais

I. Composição Corte Constitucional

- 1) Quais são os critérios, instituições, mecanismos e procedimentos envolvidos na nomeação de membros da Corte Constitucional?
- 2) Existe debate, envolvimento e participação social neste processo de indicação e nomeação de ministros?
- 3) Existem vedações, incompatibilidades ou mandato para o exercício do cargo?
- 4) Qual é a delimitação da competência material da Suprema Corte? Assume a condição de Corte Constitucional exclusivamente ou responde também pela última instância recursal?

II. Sistema de pesos e contrapesos na relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário

- 5) Como se dá o desenho institucional do sistema de justiça? O órgão acusador possui independência e autonomia funcional ou é vinculado ao poder executivo?
- 6) Qual é o modelo de controle de constitucionalidade adotado e como ele funciona?

III. Autonomia e independência judicial

- 7) Como se dão os critérios e o processo de seleção para o ingresso nas carreiras judiciais?
- 8) Como se estrutura o poder de governo judicial? É exercido pelos próprios tribunais ou por um órgão específico? Neste último caso, como se dá a composição?

A partir daí, foi projetada uma amostragem de países buscando abarcar diferentes regiões do globo, priorizando, por evidência, a América Latina, mas também buscando referenciais na América do Norte e Europa, bem como a inserção da África do Sul. Desse

modo, partindo de uma perspectiva de factibilidade metodológica pautada pelas condições de acessibilidade ao objeto de pesquisa, foram selecionadas e efetivamente levantadas as seguintes experiências internacionais: Bolívia, Equador, Argentina, México, Estados Unidos, Canadá, África do Sul, Inglaterra, Portugal e Alemanha.

Na América Latina, a experiência boliviana apresenta-se como a mais nova e uma das mais distintas no que diz respeito ao modelo constitucional e ao processo de escolha. De fato, na jovem Constituição de 2009, o país assume a condição de Estado Plurinacional, respeitando assim as suas diversas etnias em sua autodeterminação sobre o território e a soberania política e judicial, sem ignorar as críticas que apontam a sua ineficácia. No que diz respeito à indicação e composição da Corte Constitucional, a Bolívia apresenta talvez um dos modelos mais inovadores, sendo o único país do mundo a contar com sufrágio universal para o preenchimento das vagas da Corte Constitucional, a partir de candidaturas apresentadas por organizações da sociedade civil, garantindo-se a reserva de vagas para a representação indígena-campesina-originária, além da paridade de gênero. Desse modo, além da presença indígena campesina originária, a Constituição garante a equidade de gênero na composição da Corte, e um mandato de seis anos para o exercício do cargo.

Na nova Constituição equatoriana de 2008, o desenho *de jure* do processo constitucional de escolha realiza-se através de indicação realizada, em conjunto, pelos poderes Executivo e Legislativo e um distintivo poder de Transparência e Controle Social inscrito na Constituição. Neste sentido, a decisão cumpre a uma comissão composta por membros indicados por estes poderes, sob a possibilidade de impugnação cidadã, regulamentada por



lei. No que diz respeito à composição da Corte Constitucional, prioriza-se a equidade de gênero, ao passo que são vedadas indicações de pessoas pertencentes a partidos ou movimentos políticos nos dez anos anteriores à indicação. Por fim, o cargo é exercido por um mandato de nove anos.

O modelo argentino também parece interessante, sobretudo pelo referencial trazido pelas organizações da sociedade civil, em especial o Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) que, nos anos de 2002, iniciou uma campanha de pressão pela democratização da justiça, conquistando nos governos Kirchner a expedição do Decreto Presidencial nº 222/2003, no qual o Presidente da República regulamentou e limitou os seus poderes de indicação de candidaturas, que seguia a lógica constitucional semelhante à brasileira, inclusive com a previsão de vitaliciedade no cargo. Nestes termos, o Decreto prevê a chamada de candidaturas, que podem ser submetidas a consulta pública. De modo complementar, prevê-se ainda que as candidaturas devem cumprir um requisito de compromisso com os direitos humanos, buscando imprimir à Corte Constitucional uma composição com equidade regional e de gênero. O modelo do Decreto Presidencial nº 222/2003 vem sendo reivindicado pela JusDh e outras entidades de direitos humanos como a Associação de Juízes para a Democracia (AJD) para a sociedade brasileira, tendo sido o Executivo e Legislativo alvo de campanhas e incidência política desde o ano de 2011, sem, no entanto, que o governo Dilma Rousseff demonstrasse abertura à pauta.

Já o modelo constitucional mexicano é completamente inspirado no modelo estadunidense, a exemplo do Brasil, de modo que não se possa delimitar maiores novidades na sua experiência *de jure*, o mesmo podendo ser estendido, portanto, ao modelo estaduni-

dense, que se apresenta como a fórmula jurídica adotada no Brasil, como vimos, desde a Constituição de 1891. Já no modelo canadense observa-se uma iniciativa de chamada de candidaturas, sendo o processo de escolha conduzido e efetivado pelo Primeiro-Ministro, reservando-se assentos na Corte para a região francófona de Quebec, e apresentando um modelo de vitaliciedade.

A África do Sul apresenta um modelo de indicação realizado por uma comissão composta por juristas e políticos, ao passo que a escolha é realizada pela Presidência da República, que, por seu turno, tem poderes de destituição das ministras/os da Corte. O país apresenta, ainda, impedimentos *ex ante*, não podendo ser indicadas/os membros do governo ou Parlamento. O exercício do cargo de ministra/o pode variar de quinze a vinte e um anos, ao passo que, uma vez cumprida a missão constitucional, a hipótese de exercício da advocacia deve ser expressamente autorizada pelo Ministro da Justiça.

No tradicional regime inglês, a indicação é realizada por uma comissão composta pela cúpula das instituições do sistema de justiça da Grã-Bretanha e um leigo. A comissão é presidida pelo Presidente do Tribunal Constitucional e decide a partir da consulta aos primeiros-ministros do reino. Observa-se ainda, no modelo inglês, a busca pela equidade de gênero e a vitaliciedade como parâmetro temporal de exercício do cargo.

Já no parlamentarismo alemão, a indicação é dirigida por uma comissão formada pelo Ministro da Justiça, membros do Tribunal Constitucional e das associações de juristas, que emitem parecer sobre candidaturas a serem submetidas ao Parlamento, que escolhe as ministras/os observando uma lógica de composição que garanta a presença da academia e



da magistratura, sem prejuízo da indicação de políticos. O cargo é ocupado por um período de doze anos, sem recondução, ao passo que, cumprida a missão constitucional, a/o ministra/o é aposentado compulsoriamente, não voltando a exercer profissão jurídica.

No modelo português, enfim, as indicações são realizadas alternadamente entre o Con-

gresso e o próprio Tribunal Constitucional, cabendo ao primeiro o preenchimento de dez vagas e ao segundo três vagas, preenchidas por juristas e magistradas/os, para um mandato de nove anos, sem recondução.

Desse modo, o quadro geral das experiências constitucionais analisadas assim aparece sistematizado:

Quadro 7 – Experiências Internacionais

País	Indicação	Decisão	Composição	Impedimento	Mandato	Quarentena
Brasil	Presidência	Senado			Vitalício	3 anos para exercício advocacia
Bolívia	Organizações Sociedade Civil Nações Indígenas	Popular	Equidade Étnica e Gênero		6 anos	
Equador	Executivo Legislativo Transparência e Controle Social	Comissão Impugnação Cidadã	Equidade Gênero	Partido ou Movimento Político (10 anos)	9 sem recondução	
Argentina	Candidaturas e Consulta Pública	Presidência	Equidade Gênero, Regional, DHs		Vitalício	
México	Presidência	Senado			Vitalício	
EUA	Presidência	Senado			Vitalício	
Canadá	Primeiro-Ministro	Primeiro-Ministro	Quebec		Vitalício	
África do Sul	Comissão	Presidência		Parlamento ou Governo	15 a 21 anos	Vedação
Inglaterra	Comissão Juristas e 1 leigo	Comissão Consultados Primeiros Ministros	Equidade de Gênero		Vitalício	
Alemanha	Associações Ministro da Justiça Trib. Const.	Parlamento	Academia e judiciário		12 anos sem recondução	Aposentadoria
Portugal	Congresso e Tribunal Constitucional	Congresso (10) e Tribunal Constitucional (3)	Juízes e juristas		9 anos sem recondução	



De um modo geral, enfim, observa-se que as experiências internacionais variam, como não poderia deixar de ser, na medida de diferentes desenhos político-constitucionais e, assim, apresentam diferentes desenhos *de jure* de escolha, cuja variação responde a uma lógica de vinculação entre sistema político e sistema judicial.

Assim, as experiências europeias distinguem-se pelo envolvimento ora do próprio Tribunal Constitucional, ora do Parlamento, ao passo que o restante das experiências, com forte influência do modelo estadunidense, encontram no Poder Executivo o pivô do processo de escolha, com notável distinção para o caso argentino, cujo vontade política da Presidência, impulsionado pela organização e mobilização social, resultou na autolimitação regulatória dos poderes de indicação da Presidência, ao passo que as experiências inovadoras de Equador e Bolívia, inseridas no que vem sendo denominado de novo constitucionalismo latino-americano, como analisamos com Sousa Júnior (2016), inauguram mecanismos de participação direta da soberania popular sobre o processo *de jure* de escolha de membros das suas Cortes Constitucionais.

Considerações finais: o que as PECs não dizem e a agenda da democratização da justiça em face dos direitos humanos

Porteiro ou guardião? Ao que se extrai da análise até aqui produzida, diferente da celebrada autoimagem de “guardião da Constituição”, o papel assumido pelo STF parece mais aproximar da representação kafkiana do porteiro da justiça. Aquela figura algo mítica que, ao ser provocado por uma sociedade ansiosa em saber se conseguirá adentrar

às portas da lei, responde impassível: “é possível, mas agora não”.

Como vimos, a literatura nacional e internacional sobre o tema indica que, de um lado, o modelo *de jure* brasileiro, fundado sobre a indicação presidencial e aprovação pelo Senado, aliado à vitaliciedade e remota hipótese de impedimento, produziu a partir de 1988, conforme Ríos-Figueroa (2010), uma Corte política e institucionalmente forte em suas bases de independência judicial.

Uma Corte politicamente forte e de grande influência sobre o sistema político brasileiro, mas tímida e conservadora na promoção, proteção e efetivação de direitos fundamentais. Um perfil judicial forjado, conforme afirmam Kapiszewski (2010) e Brinks (2010), justamente a partir da fragmentação do sistema político que, desde o papel político *de facto* desempenhado pelo Senado no desenho *de jure* do processo de escolha, produz historicamente uma Corte centrista, como característica espelhada dos governos de coalizão.

Neste sentido, Llanos e Lemos (2013) aprofundam a análise sobre os processos de escolha de ministros/os no período de 1989 a 2010, reafirmando empiricamente a tese da potente e determinante influência política do Senado federal, antecipando a indicação presidencial na medida da correlação de forças da coalizão governista no Congresso.

De modo complementar, verificou-se que, a partir do regime de enunciado democrático, o sistema de justiça e em especial o STF expandiram exponencialmente sua influência e poder de intervenção e controle judicial sobre a política e a sociedade – sem ignorar a política realizada e expandida também para rua, na ação dos movimentos sociais. Um



elemento essencial para a compreensão dessa expansão, no entanto, é a ausência e negação de um referencial de participação e controle social sobre a condição política da justiça, o que assume caráter especial para o STF. Isso as PECs não dizem.

De fato, da análise de suas justificativas observaram-se diferentes premissas sobre a necessidade de mudança, mas nenhuma delas ancorada em qualquer fundamentação sobre esta necessidade. Em sentido contrário, tais análises indicam ora a necessidade de democratizar a escolha, dividindo o poder indicação presidencial com o Congresso e STF, ignorando, assim, as análises empíricas conceitualmente estruturadas, que apontam a potente influência do Congresso e chegam a mencionar uma espécie de poder de veto dos ministros do STF no processo de antecipação presidencial da indicação.

Em sentido paralelo, outra premissa é fundada na hipótese de que a indicação presidencial se expresse em pessoalidade política, o que novamente não se sustenta, uma vez que as análises indicam uma maior tendência de indicações antecipadas pelo Senado, em oposição às indicações fundadas na preferência presidencial. De fato, neste modelo analítico, o processo de escolha é mais caracterizado por uma escolha (in) tensamente fragmentada entre as forças que compõem o governo e oposição, que pela expressão da opinião ou vontade pessoal da Presidência.

De outro lado, se as premissas da necessidade de mudança apontadas pelas PECs não se sustentam na realidade, em momento algum se verificou ali um argumento da necessidade de mudança para a produção de um STF mais orientado para a efetivação dos direitos humanos, muito menos com um compromi-

so para os direitos humanos expressados pelas lutas por dignidade e liberdade.

A esta altura, o quadro das PECs fica mais evidente: toma-se a necessidade de mudança como uma premissa, fundada na afirmação de que o modelo atual não garante a autonomia e independência do STF. É exatamente o contrário do que indicam todas as análises nacionais e internacionais – ao menos as mais influentes – trazidas ao texto.

De fato, o que salta à evidência é que o problema da justiça brasileira, com o STF incluso, não é de falta ou fragilidade de mecanismos jurídicos e políticos de autonomia e independência. Isso talvez seja o que lhes sobra e, como aponta a tendência das instituições que acumulam poder sem o contrapeso correspondente, neste caso, em especial, sem qualquer referencial de legitimidade, participação e controle social, o destino é a adesão a uma cultura autoritária.

Daí porque parece existir um referencial que clama por mudança no modelo de indicação para o STF, mas cujo fundamento é a necessidade de consertar o perfil e a cultura judicial da Corte com vistas à sua orientação e compromisso com a efetivação dos direitos humanos, sobretudo os de matriz econômica, social e cultural, extremamente marginalizados e mitigados na agenda e na cultura judicial do Tribunal.

Ocorre que o sistema político, que aí esteve e aí está, não parece possuir condições de admitir o referencial de participação e controle social sobre a agenda política de justiça, o que se percebeu ao longo dos últimos sete anos, ao menos desde que a JusDh reivindica a abertura e transparência no processo de indicação presidencial, para a aproximação e apropria-



ção da sociedade. Hoje, é possível identificar que tal processo é antecipado e deliberado pelo fisiologismo partidário antes mesmo do anúncio da candidatura, o que deve necessariamente mudar.

Desse modo, seria possível desenhar ao menos duas plataformas de reivindicações nesta agenda, orientadas para a democratização do processo de escolha das ministras/os do STF, desde um duplo referencial de participação social e compromisso com os direitos humanos.

A primeira delas consiste na agenda, há sete anos reivindicada pela JusDh, pautada pela experiência argentina e fundada em um processo de limitação e regulamentação da indicação presidencial, instituindo transparência, chamada e delimitação pública de candidaturas, complementada com consulta pública virtual ou via audiência e sabatina, em uma agenda que também se estende alternativamente ao Senado Federal, como já minutado pela JusDh e apresentado em forma de Proposta de Alteração Regimental nas duas Casas – na Câmara voltado para a chamada pública de candidaturas, audiência e deliberação social sobre a indicação da Casa (e do Senado) para o CNJ.

Neste processo de regulamentação da indicação presidencial há que se incorporar como paradigma fundante o reconhecimento e equidade de gênero e raça, bem como apreciação concreta do currículo e memorial profissional em relação ao compromisso com os direitos humanos, além de incorporar, desde uma perspectiva afirmativa ainda, a diversidade étnico-racial e regional.

Essa é uma plataforma há anos empunhada pela JusDh, como pode ser observado nos materiais apresentados no volume II da série

“Justiça e Direitos Humanos”, notadamente as Cartas Abertas à Presidência da República por ocasião da abertura das vagas de Eros Grau, Cesar Peluso e outros. Neste sentido, as reivindicações por transparência e até participação social parecem ter sido ou tímida e enviesadamente implementadas, ou simplesmente afirmadas nos mecanismos e na cultura política tradicional existente.

É o caso da reivindicação por transparência na escolha, por exemplo, ao verificar que a Presidência envia mensagem de indicação ao Senado, contendo o currículo da/o indicado, o que por seu turno é objeto de relatoria no Senado, na qual as credenciais da indicação são reafirmadas. Tal resposta à demanda de transparência finge não perceber que a demanda é por transparência no processo de antecipação da indicação, não após a deliberação já formalizada em mensagem presidencial.

No que diz respeito à participação nas sabinas, de outro lado, observa-se que a Terra de Direitos, já no período germinal que antecedeu a criação da JusDh, elaborou perguntas lidas pelo Senador Eduardo Suplicy na sabatina de Dias Toffoli no ano de 2009, em um ensaio que seria intensificado em todas as sabinas seguintes, com especial virada na sabatina de Luiz Fux, com a chegada do Comitê da JusDh a Brasília. Ocorre que as reivindicações acabaram por se traduzir na abertura de consulta pública no site do Senado, o que vem sendo incorporado à agenda dos mais conservadores Senadores, que vêm se utilizando deste expediente sob o argumento de aproximação com sua base social.

Ocorre que os partidos de esquerda, notadamente do governo do PT, assistiram a este cenário ao longo do último período com certo distanciamento, ora não identificando o



caráter estratégico da pauta, ora afastando-a estrategicamente da participação da sociedade organizada.

Assim, parece que o momento histórico reivindica uma plataforma mais drástica e estrutural, uma agenda de horizonte utópico apta a nos fazer caminhar para um STF realmente fundado sobre a soberania popular e compromissado com a efetivação dos direitos humanos.

Neste sentido, parece pertinente aprofundar o debate sobre a hipótese de alçar o STF à condição de Corte exclusivamente Constitucional. Se tal medida permitiria, de um lado, desafogar a agenda da Corte, aliviando sua rotina judicial e transferindo-a ao STJ, por exemplo, de outro lado, o caráter restritivamente constitucional de sua agenda realçaria o seu caráter por excelência político – uma vez que afasta de sua apreciação questões jurídicas de caráter tradicionalmente técnico – de controle de constitucionalidade, por exemplo, o que, por via de consequência, realçaria a condição política da sua função, assim permitindo um debate mais franco e aberto sobre a necessidade de referenciais de participação social no processo de escolha, como expressão direta da soberania popular.

Se é certo que, neste sentido, a Bolívia inaugurou o primeiro modelo de sufrágio universal para uma Corte Constitucional que se tem notícia, parece difícil considerar que no sistema político brasileiro tal seja o modelo a ser imediatamente reivindicado. Mas é certo, de outro lado, que mecanismos de participação direta também são observados na seleção de membros de Cortes Constitucionais em outros países, como a impugnação cidadã no Equador e a existência do Conselho Eleitoral no Peru e o referendo de revogação utilizado

no Japão, por exemplo, mecanismo este próximo à “*retention election*” estadunidense, utilizado na eleição de juízes estaduais e membros das Cortes Estaduais, modelo defendido pela *American Bar Association* (2008)⁴⁸.

Assim, a hipótese de participação e democracia direta na seleção de ministros/os da Corte deve ser necessariamente mediada por uma proposta de reforma do sistema político, instituindo-se uma cultura de democracia participativa para todo o sistema político e, então, também para o sistema judicial.

Enquanto isso não ocorre, talvez seria interessante avançarmos ao menos para um sistema de composição de comissões para a formulação de listas, ou mesmo a destinação de uma cota na composição da Corte para uma/um candidato indicado pela sociedade.

Assim, poderia ser aventada a hipótese, desde a regulamentação via Decreto Presidencial, de uma comissão na qual fosse prevista a participação da sociedade civil organizada na deliberação sobre candidaturas, ou mesmo com a Presidência da República delegando ao Conselho Nacional de Direitos Humanos a

48. Vale notar que no debate sobre a composição do sistema judicial americano, simplesmente não se verifica qualquer experiência de concurso público para o ingresso na magistratura e promotoria, ao passo que todo o sistema de seleção da magistratura e das cortes estaduais responde a diferentes modelos diretamente fundados em um necessário referencial de legitimidade social do exercício da função judicial: 1) eleição direta partidária ou não partidária (*contested elections*); 2) nomeação

ment); 3) indicação de lista por comissão de juristas, leigos e/ou partidos (*merit selection*), e nomeação legislativa ou executiva; 4) indicação de lista por comissão mista de juristas e leigos, seguida pela nomeação pelo governador e 5) referendo popular como confirmação dos modelos de seleção anteriores (*retention election*). Cf. neste sentido ABA (2008) e Menton (2011). Como fica evidente, a discussão sobre a condição política da função judicial e a consequente necessidade de legitimidade, participação e controle social na seleção e na política de justiça assume dimensões ancoradas sobre o mito da neutralidade e da autonomia do direito sobre as relações de poder.



competência para compor uma comissão de seleção de candidaturas a serem apresentadas à Presidência, ou no limite delegando ao Conselho a escolha rotativa de vagas na Corte.

Tal modelagem, com a participação do CNDH, por exemplo, constituído nos termos da Lei nº 12.986/2014, além de instituir uma tendência de afirmação e prioridade dos direitos humanos como referencial de indicação, confere, ao mesmo tempo, alguma institucionalidade e legitimidade social aos processos de escolha, na medida de sua composição mista entre membros da sociedade civil e órgãos públicos, inclusive do sistema de justiça.

Neste mesmo sentido, para além de Decreto Presidencial, a proposta de inscrição do CNDH pode e deve ser inserida, inclusive, nas PECs aqui analisadas, seja para compor o rol de entidades legitimadas a formular a lista para escolha pelo Congresso Nacional, como na PEC 473-A/2001 da Câmara dos Deputados, seja na comissão de cúpula de juristas, legitimada pela PEC 44-A/2012 do Senado, para formular as listas endereçadas para a escolha pela Presidência da República.

Sobre os mecanismos de impedimento *ex ante*, parece pertinente a vedação ao exercício de cargo eletivo ao tempo da indicação, bem como de Ministro de Estado e Procurador-Geral da República. Mais relevante que os impedimentos, no entanto, parecem ser as medidas afirmativas que imprimam efetiva diversificação de escolhas, fugindo ao perfil liberal conservador e centrista apontado na literatura, notadamente um perfil de Ministros do STJ e advogados de grandes bancas de advocacia. Neste sentido, resta evidente que o Conselho Federal da OAB se apresenta neste processo como órgão de representação de si

mesmo, de uma advocacia de elite, corporativa e fisiocrata na sua própria medida.

Ademais, cumpre ressaltar que parece pertinente a instituição de mandato para o Tribunal. De um lado, dado o poder que o cargo representa e vem acumulando, não parecendo razoável ser ocupado por mais de vinte anos por uma mesma pessoa, como usualmente acontece. Assim, conforme a tipologia de Ríos-Figueroa (2010) sobre a independência de Cortes Constitucionais, o mandato da/o ministro deve ser suficientemente superior ao mandato do agente político que efetua a escolha. Parece pertinente, no mesmo sentido, ser vedada a hipótese de recondução, a fim de que a/o ministro não ingresse em uma lógica de campanha política pela recondução.

Por fim, as hipóteses de quarentena e remoção do cargo. É certo que a questão da quarentena ganha relevância com a instituição de mandato, haja vista que a rotatividade será maior. Assim, a quarentena de três anos para atuação na advocacia atualmente verificada poderia ser estendida para cinco anos, para afastar o peso do prestígio do cargo sobre a própria atividade judicial. A observar a relação estabelecida entre o governo do Estado de São Paulo e o sistema de justiça, como aponta Luciana Zaffalon (2018), parece pertinente para estender a necessidade de tal quarentena, quer para o exercício de cargo eletivo, quer para cargos de governo.

No tangente à remoção, o modelo atual relega o instituto à representação de impeachment perante o Senado Federal, o que certamente garante estabilidade e independência para os membros da Corte, mas de outro lado não produz qualquer referencial de controle da função, de tal modo que o modelo deveria ser aprimorado talvez com a possibilidade de



referendo ou recall, a exemplo da experiência japonesa e a “*retention election*” do judiciário estadual estadunidense.

Estas parecem ser as medidas que, ao menos de saída, tendem a proporcionar um bom debate sobre a questão!



Referências bibliográficas

ABA. American Bar Association; Coalition for Justice. **Judicial selection: the process of choosing judges.** June, 2008. 22p.

ALVES, José Carlos Moreira. Assembleia Geral Constituinte: instalação. **Revista de Informação Legislativa**, v. 24, n.º 93, p. 5-14, jan./mar. 1987.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n.º 39, p. 83-102, 1999.

BANCO MUNDIAL. Brasil: justo, competitivo e sustentável – contribuições para o debate, visão geral. 2003. Disponível em: www.worldbank.org/br

_____. **Documento Técnico n.º 319/96** – O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. Trad. Sandro Sardá. Washington: BIRD, 1996. 61p. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>.

BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 3ª ed. Rio de Janeiro, 1991.

BONELLI, Maria da Glória. A magistratura paulista e a resistência à reforma do judiciário. **32º Encontro Anual da ANPOCS.** Caxambu, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Trad. Fernando Tomaz. 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL DE FATO. **Juristas citados por Fachin no julgamento de Lula contestam argumentos do ministro.** *Online.* 04.04.2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/04/04/juristas-citados-por-fachin-no-julgamento-de-lula-contestam-argumentos-do-ministro/>. Acesso em 10/04/2018 e 11.04.2018.

BRINKS, Daniel M. “Faithful Servants of the Regime”: The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution. In: Gretchen Helmke, Julio R’ios-Figueroa (eds). **Courts in Latin America.** Cambridge University Press 2011, p. 128-153.

BRITO, Alexandra B. Justiça transicional e a política da memória: uma visão global. **Revista Anistia Política e Justiça de transição**, Brasília, DF: Ministério da Justiça, n.º 1, p. 56-83, jan./jun. 2009.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Censo do judiciário: VIDE – Vetores Iniciais e Dados Estatísticos.** Brasília: CNJ, 2014, 213p.

DA ROS, Luciano. Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo: em busca de um padrão de interação. **Revista Política Hoje**, Vol. 18, n.º 1, p. 29-53, 2009.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; ANTUNES, Fernando. Justiça e segurança pública desde uma perspectiva de transição. In: **EJLL.** Joaçaba, v. 18, n.º 2, p. 491-508, maio/ago. 2017.

_____; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos.** Belo Horizonte: D’Plácido, 2016-b.

_____; FRIGO, Darci; PIVATO, Luciana; PRIOSTE, Fernando. V. G.; MEDEIROS, Érika L. **Justiça e Direitos Humanos: Perspectivas para a Democratização da Justiça.** Curitiba: Terra de Direitos, 2015-b, v.2. 216p.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos**



como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009-a.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista USP*, n.º 21. Edição Especial: Dossiê Judiciário, 1994, p. 12-21.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Colección Derecho y Política. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 87-108.

_____. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 14, p. 1-32, Diciembre de 2013.

_____. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 444*, 2008.

GEDIEL, José A. Peres; GORS DORE, Leandro; ESCRIVÃO FILHO, Antonio. *Mapa territorial, temático e instrumental da assessoria jurídica e advocacia popular*. Belo Horizonte: Observatório da Justiça Brasileira, 2012.

KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: Gretchen Helmke, Julio Ríos-Figueroa (Eds.). *Courts in Latin America*. Cambridge University Press 2011, p. 154-186.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: *Lua Nova*, São Paulo, n.º 57, p. 114-133, 2002.

_____; FREITAS, Lígia Bastos. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. In: *Lua Nova*, São Paulo, n.º 88, p. 141-184, 2013.

LAURIS, Élide. Para uma concepção pós-colonial do direito de acesso à justiça. In: *Hendu*, vol. 6 (1), p. 5-25, 2015-a.

LLANOS, Mariana; Leany Barreiro. Presidential Preferences? The Supreme Federal Tribunal Nominations in Democratic Brazil. *Latin American Politics And Society*, 55:2, p. 78-104, 2013.

MCCANN, Michael. Law and social movements. In: SARAT, Austin (Ed.). *The Blackwell companion to law and society*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004, p. 506-522.

_____. Law and social movements: Contemporary Perspectives. In: *Annual Review of Law and Social Sciences*. 2, p. 17-38, 2006-a.

_____; DUDAS, Jeffrey. Retrenchment... and resurgence? Mapping the changing context of movement lawyering in the United States. In: SARAT, Austin; SCHEINGOLD, Stuart (Eds.). *Cause lawyers and social movements*. Stanford: Stanford University Press, 2006-b, p. 37-59.

MEDEIROS, Érika Lula de Medeiros. Uma década de CNJ: mais participação social no Judiciário? In: *V Caderno de Justiça, Direitos Humanos e Participação Social*. Articulação Justiça e Direitos Humanos. JusDh, 2014, p. 5.

MELO FILHO, Hugo. A reforma do poder judiciário brasileiro: motivações, quadro



atual e perspectivas. *Revista CEJ*, Brasília, n.º 21, p. 79-86, abr./jun. 2003.

MENTON Jr., Francis. In defense of judicial elections. *Review. Engage: Volume 12, Issue 1*, p. 130-132, 2011.

PEREIRA, Anthony. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

RICARDO, Cassiano. *Poesias completas*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1957.

RIOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: Gretchen Helmke, Julio R'ios-Figueroa (eds). *Courts in Latin America*. Cambridge University Press 2011, p. 27-54.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). *Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos na sociedade civil, e a sua interação com os órgãos de litígio do Estado*. Brasília: CEJUS - Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta, 2009-a.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SCALABRIN, Leandro. O crime de ser MST. In: BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (Orgs.). *Criminalização dos protestos e movimentos sociais*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2008, p. 247-252.

SILVA, José Gomes da. *Buraco negro: a reforma agrária na constituinte de 1987-1988*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

SILVA FILHO, J. C. Moreira. *Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia*

na inacabada transição democrática brasileira. In: PAYNE, Leigh, ABRÃO, Paulo, TORELLY, Marcelo (Org.). *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org). *Introdução Crítica ao Direito*. Série O Direito Achado na Rua, vol. 1. 4ª edição. Brasília: Centro de Educação Aberta a Distância/CEAD/Núcleo de Estudos para a Paz e os Direitos Humanos-NEP/Universidade de Brasília, 1993-a.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjorn (orgs.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. In: *Harvard human rights journal*. Vol. 16, 2003. p. 69-94.

TERRA DE DIREITOS. *Nota sobre a manifestação do Ministro Edson Fachin no julgamento do Habeas Corpus do Ex-presidente Lula*. *Online*. 04.04.2018. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/nota-da-terra-de-direitos-sobre-a-manifestacao-do-ministro-edson-fachin-no-julgamento-do-habeas-corpus-do-expresidente-lula/22785>. Acesso em: 11.04.2018.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go marching in. In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn (orgs.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 13-26.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo 4(2), p. 441-464, jul.-dez. 2008.

ZAFFALON, Luciana. A política da justiça e seus custos. *Análise*, n.º 40, Friedrich Ebert Stiftung Brasil, 2018, 41p.



ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Poder judiciário: crises e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAIDEN, Juliano. A “última palavra”, o poder e a história O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, n.º 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

**Autor**

Articulação Justiça e Direitos Humanos (JusDh)
Antonio Escrivão Filho

Responsável

Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Brasil
Av. Paulista, 2001 - 13° andar, conj. 1313
01311-931 | São Paulo | SP | Brasil
www.fes.org.br

Friedrich-Ebert-Stiftung (FES)

A Fundação Friedrich Ebert é uma instituição alemã sem fins lucrativos, fundada em 1925. Leva o nome de Friedrich Ebert, primeiro presidente democraticamente eleito da Alemanha, e está comprometida com o ideário da Democracia Social. No Brasil a FES atua desde 1976. Os objetivos de sua atuação são a consolidação e o aprofundamento da democracia, o fomento de uma economia ambientalmente e socialmente sustentável, o fortalecimento de políticas orientadas na inclusão e justiça social e o apoio de políticas de paz e segurança democrática.

As opiniões expressas nesta publicação não necessariamente refletem as da Friedrich-Ebert-Stiftung.

O uso comercial de material publicado pela Friedrich-Ebert-Stiftung não é permitido sem a autorização por escrito.

ISBN 978-85-9565-036-7

