

LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E VITALICIEDADE DOS MINISTROS DO STF: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE ESTUDOS DE OSCAR VILHENA E GERMANO SCHWARTZ¹

*DEMOCRATIC LEGITIMACY AND LIFELONG TERM OF THE SUPREME COURT
JUSTICES: AN APPROACH BASED ON THE STUDIES OF OSCAR VILHENA AND
GERMANO SCHWARTZ*

Roberto Carlos Rocha Kayat²

Gabriela Vieira Leonardos³

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O Supremo Tribunal Federal: 1964/1988 2.1. O Supremo Tribunal Federal durante o Regime Militar 2.2. O Supremo Tribunal Federal e as Diretas Já 2.3. O STF na Constituição de 88 e a politização da Justiça no Brasil 3. A inadequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos ministros do Supremo Tribunal Federal e a proteção dos Direitos Fundamentais 4. Considerações Finais 5. Referências Bibliográficas

RESUMO: O presente trabalho examina dois casos julgados pelo STF à época do movimento das Diretas Já, com o objetivo de aferir eventual descompasso entre o decidido pelos ministros de então e o momento político vivido à época, a refletir grave problema de legitimidade na atuação da Corte. A partir daí, o estudo questionará hipoteticamente a possibilidade de tal situação se repetir no Brasil atual, em decorrência de três fatores cumulativos: o protagonismo político do STF pós-88, a manutenção da vitaliciedade dos seus integrantes e a crescente longevidade da população brasileira, com impactos na estruturação

¹ Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional de Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com financiamento da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) pela concorrência do Edital nº 9 de 2011 (Processo nº E-26/111.832/2011) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela concorrência do Edital Universal de 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5)

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado da União. Professor de Direito Constitucional da Universidade Cândido Mendes. E-mail: roberto.kayat@agu.gov.br.

³ Graduanda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Email: gabrielaleonardos@gmail.com

do serviço público em geral e do Supremo em particular. O resultado da análise critica a manutenção da vitaliciedade dos ministros.

PALAVRAS CHAVE: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; LEGITIMIDADE; VITALICIEDADE

ABSTRACT: This paper examines two cases decided by the Supreme Court at the time of "Diretas Já", in order to assess the possible mismatch between the Justices decisions and the political moment at those times, reflecting the serious problem of legitimacy in the performance of the Court. From there, the study tried to question hypothetically the possibility of such a situation be repeated in Brazil today, due to cumulative three factors: the political leadership of the post-88 STF, the maintaining of the lifelong term of its members and the increasing longevity of the population, with impacts on the structuring of the public service in general and particularly in the STF. The result of the analysis criticizes the maintaining of the lifelong term of the Supreme Court Justices.

KEYWORDS: SUPREME COURT; LEGITIMACY; LIFELONG TERM

1. Introdução

O presente trabalho tem como objeto os julgamentos proferidos pelo STF no Habeas Corpus nº 61920/84 e no Mandado de Segurança Nº 20444/84, impetrados quando o Brasil vivia o movimento das Diretas Já. Indagar-se-á até que ponto as indicações dos Ministros da Corte, feitas por militares em um contexto político anterior, exerceram influência negativa no desfecho de questões jurídicas importantes para o período da transição democrática, o qual vai de 1979 (governo de João Batista Figueiredo) a 1985 (eleição de Tancredo Neves pelo colégio eleitoral). Tratava-se de ocasião em que se ensejava clara e facilmente aferível ruptura da ordem jurídica anterior, razão pela qual os dois casos escolhidos permitem uma avaliação objetiva do problema.

Pergunta-se se, e em que medida, a composição do STF, naquele momento crucial para o restabelecimento da democracia, não estaria mais refletindo o novo momento político pelo qual passava o Brasil. A partir do observado naqueles casos, investigar-se-ão os problemas que eventuais descompassos de legitimação da Corte Maior podem acarretar para a

ordem democrática hoje em dia, num contexto de agigantamento das atribuições do STF, a partir da Constituição de 88, e considerando a tensão entre a vitaliciedade dos Ministros e o princípio republicano de alternância dos atores políticos no poder, situação que pode ganhar contornos cada vez mais agudos em razão da questão demográfica – crescente longevidade da população – a qual tem efeitos no estabelecimento das regras atinentes ao estatuto jurídico dos agentes públicos, dentre os quais os membros da Corte. Neste sentido, já existem propostas de alargar o limite etário da aposentadoria compulsória no serviço público para 75 anos de idade, sendo que a mais concreta delas é a PEC nº 42/2003, especificamente dirigida aos Ministros do STF.

O STF indubitavelmente tem figurado como verdadeiro ator político a partir dos contornos institucionais que lhe foram dados pela CRFB/88. Tal cenário, somado ao incremento da expectativa de vida, impõe a necessidade de pensar se a opção pela vitaliciedade dos Ministros do Supremo é a mais apropriada para a nossa realidade.

Para tal análise, tomaremos as obras “Supremocracia” de Oscar Vilhena Vieira e “A (In)adequação do Sistema de Composição e da Vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e a Proteção dos Direitos Fundamentais” de Germano Schwartz e Diego Dezorzi como marco teórico a partir do qual introduziremos a questão da longevidade como elemento adicional de reflexão, e no contexto de um problema específico apontado pelo projeto de pesquisa em questão, no âmbito da Teoria das Instituições: o fato delas muitas vezes não responderem legitimamente às demandas sociais em sua atuação.

2. O Supremo Tribunal Federal: 1964/1988

2.1 O Supremo Tribunal Federal durante o Regime Militar

Entre 1964 e 1985, o Brasil viveu sob um regime militar que conferiu amplos poderes ao Executivo, em detrimento das atribuições institucionais do Legislativo e do Judiciário. Durante o período, medidas de cerceamento do Supremo Tribunal Federal enfraqueceram o papel da Corte, a exemplo do que ocorreu com o Congresso Nacional, fechado mais de uma vez por determinação do Executivo.

O primeiro presidente militar, general Castelo Branco, tomou posse em 1964 e, logo quando empossado, visitou a sede do STF, sendo recebido pelo Ministro Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, então presidente da Corte. Em seu discurso, o presidente Ribeiro da Costa demonstrou que o Supremo estava disposto a colaborar com o novo governo e acrescentou

que, em momentos de crise, era necessário fazer sacrifícios constitucionais em nome da democracia. (PERGORARO, 2006, p. 35)

Entretanto, as reiteradas violações aos direitos fundamentais cometidas pelo Estado geravam inúmeras ações a serem julgadas pelo STF. Questões relacionadas à liberdade de expressão tornaram-se motivo de intensa divergência entre os ministros, que passaram a apresentar muitas justificativas de claro caráter político-ideológico em seus votos.

Já a partir de 1964, verificaram-se casos em que o STF decidiu contrariamente aos interesses do governo militar. Um deles foi um julgado de 24 de Agosto de 1964, relativo a professor que, através de panfletos, manifestava-se contra o regime. No julgamento do *habeas corpus* do professor Sérgio Cidade de Resende, discutia-se a liberdade de expressão e de cátedra, defendida pela Constituição de 1946. Em julgamento conturbado, o HC foi por fim concedido, indo claramente contra as diretrizes dos militares, causando instabilidade e irritação dentro do governo.

Aos poucos, no entanto, casos semelhantes deixaram de ser julgados pelo STF e passaram a ser julgados na Justiça Militar, a partir do alargamento da competência desta última por parte do Ato Institucional nº 2. Esvaziava-se, assim, o Supremo, e as interferências constantes do governo nos trabalhos da Corte tornavam as relações institucionais cada vez mais conturbadas. (PERGORARO, 2006, p. 35)

Uma primeira abordagem do silêncio da Corte frente às violações ao texto constitucional e aos princípios democráticos leva a pensar que as medidas tomadas pelo Executivo para enfraquecê-la foram a única determinante dessa tímida atuação. Entretanto, como pode ser visto pelo gesto do presidente do Supremo, Ministro Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, o apoio e concordância com o regime já eram presentes entre os ministros desde o início, não podendo as medidas de cerceamento institucional ser consideradas isoladamente enquanto fator motivador da anuência ou da omissão da Corte.

Em vez disso, devem-se analisar quais outros fatos exerceram influência no comportamento passivo do STF. De 1964 até 1985, por exemplo, trinta e dois ministros foram nomeados por presidentes militares por meio de emendas que visavam alterar o número de integrantes da Corte (PERGORARO, 2006, p. 40). Havia, portanto, predominância de “adeptos” ao governo militar dentro da mais alta instância jurisdicional do país, visto que as nomeações ficavam a cargo das pretensões dos presidentes militares, dado o histórico de ínfima participação do Senado na escolha, em razão deste, historicamente, apenas ratificar a indicação do presidente da república, salvo situação excepcional ocorrida durante o governo de Floriano Peixoto, nos idos da República Velha.

2.2 O Supremo Tribunal Federal e as Diretas Já

O último dos generais presidentes, João Batista Figueiredo, assumiu em março de 1979, em meio a uma difícil conjuntura política e econômica. Figueiredo acelerou o processo de abertura “lenta e gradual”, iniciado no governo anterior de Ernesto Geisel, por meio de transformações institucionais, tendo a mobilização da sociedade civil contribuído fortemente para o avanço do processo de abertura política. Dentre os marcos desse período, têm-se a aprovação da “Lei da Anistia”, que concedeu anistia política aos cidadãos punidos pelos Atos Institucionais, e a promoção de uma reforma partidária, reestabelecendo o pluripartidarismo no Brasil, na tentativa de garantir a vitória do governo nas eleições de 1979, através da dissociação das forças partidárias de oposição.

Em 1982 houve eleições diretas. No Congresso, o PDS (antiga ARENA, partido da situação) elegeu a maior bancada, e a oposição (PMDB, PP, PTB, PDT e PT) triunfou nas eleições para governadores. Logo em seguida, a campanha pelas “Diretas Já” surgiu, reivindicando eleições diretas também para presidente da República, que aconteceriam, a princípio, por via indireta, em 1985. (PERGORARO, 2006, p. 39)

A campanha foi fruto da proposta de emenda à Constituição do deputado federal do PMDB Dante de Oliveira, e recebeu largo apoio da sociedade civil. O uso maciço da TV na política foi um dos marcos do movimento, que reuniu mais de um milhão pessoas em comícios na Candelária, no Rio de Janeiro, e no Vale do Anhangabaú, em São Paulo. As manifestações populares eram televisionadas e o desejo da maioria dos brasileiros pela volta das eleições diretas para presidente era inegável.

Para impedir o televisionamento da votação da Emenda, o governo militar baixou o Decreto n. 89.566 de 18.4.1984, impondo medida de emergência na capital federal e municípios adjacentes. A medida se justificava pela “necessidade de preservar a ordem pública na área do Distrito Federal, ameaçada de grave perturbação”, como previa o decreto editado. Tais medidas coercitivas eram autorizadas pela Constituição de 67/69 no artigo 155, o qual previa que o “Presidente da república, para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência, poderá determinar medidas coercitivas autorizadas nos limites fixados por § 2º do artigo 156(...)”.

Assim, baseava-se o decreto nas alíneas do artigo 156, parágrafo segundo, o qual dispunha sobre o estado de sítio, para garantir a censura aos meios de telecomunicação, que estariam impossibilitados de realizar a transmissão da votação da emenda Dante, e evitar uma mobilização ainda maior da população.

É nesse contexto que foram impetrados o habeas corpus número 61.920 e o mandado de segurança número 20.444, levados à apreciação do STF em 24 de Abril de 1984, dia em que ocorreria a votação da Emenda no Congresso Nacional.

Na primeira ação, o HC 61.920-7/DF, os impetrantes Osvaldo Gomes e Clésia Pinho Pires alegaram que o decreto presidencial era fruto de ilegalidade e abuso de poder. Argumentaram que a medida de emergência era prevista pelo artigo 81, inciso XVI, da Constituição de 67/69, dispositivo constitucional “não auto-executável”, no entender dos autores, “ao contrário do que ocorre com o estado de sítio e o estado de emergência, que são definidos nos parágrafos do art. 156, que lhes determina as condições e o regulamento”

Pode-se questionar a fundamentação jurídica do pedido. As medidas de emergência foram previstas pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978, cuja redação⁴ expressamente

⁴ Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República:

(.....)

XVI - determinar medidas de emergência e decretar o estado de sítio e o estado de emergência; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

(.....)

Art. 155 - O Presidente da república, para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência, poderá determinar medidas coercitivas autorizadas nos limites fixados por § 2º do artigo 156, desde que não excedam o prazo de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

§ 1º - O presidente da república, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, dará ciência das medidas a Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como das razões que as determinaram. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

§ 2º - Na hipótese da determinação de novas medidas, além daquelas iniciais, proceder-se-á na forma do parágrafo anterior. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

(.....)

Art. 156 - No caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da república, ouvindo o conselho de segurança Nacional, poderá decretar o estado de sítio. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

§ 1º - o decreto de estado de sítio especificará as regiões que essa providência abrangerá e as normas a serem observadas, bem como nomeará as pessoas incumbidas de sua execução. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

§ 2º - O estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

a) obrigação de residência em localidade determinada; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

c) busca e apreensão em domicílio; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

d) suspensão da liberdade de reunião e de associação; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

e) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

remeteu a regulamentação da medida de emergência às mesmas especificações estabelecidas para o estado de sítio, o que coloca em xeque a argumentação de que a medida de emergência seria “não auto-executável”, “ao contrário do que ocorre com o estado de sítio e o estado de emergência, que são definidos nos parágrafos do art. 156, que lhes determina as condições e o regulamento”.

Contudo, a proibição da transmissão televisiva da emenda Dante alcançaria todo o território nacional, e poder-se-ia, aí sim, discutir eventual violação ao disposto no art. 155, que limitava as medidas de emergência a locais “determinados e restritos”. Contudo, o Supremo evitou tal discussão ao apegar-se a vício de índole puramente processual: declarou não conhecer do pedido do habeas corpus, em razão de o coator ter sido o Comandante Militar do Planalto, nomeado pelo decreto presidencial como executor das medidas de emergência, e não o Presidente. Dessa forma, aduziu o tribunal que o Comandante não se enquadrava nos casos em que competia originariamente ao STF o julgamento de habeas corpus, previstos na Constituição da República de 67/69, no seu artigo 119, inciso I, alínea “h”, não estando, portanto, sujeito à jurisdição do Tribunal.

Poderia o STF ter conhecido do *Habeas Corpus* de ofício, ao menos para debater a respeito do eventual desrespeito aos termos do artigo 155.

Atacando de modo específico a questão da concessão de efeitos nacionais a medida de emergência, foi impetrado o MS nº 20.444/SP por Geraldo Forbes, editorialista do jornal “O Estado de S. Paulo”, economista e empresário. No artigo 155 da Constituição de 67/69, restava claro que as medidas de emergência deveriam ser restritas a locais determinados. Muito embora o decreto em questão especificasse o Distrito Federal e outros municípios do entorno aos quais se aplicava a medida, em realidade censurava todo o território nacional,

f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; e uso ou ocupação temporária de bens das autarquias empresas públicas sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades. [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

§ 3º A duração do estado de sítio salvo em caso de guerra, não será superior a 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogada, se persistirem as razões que o determinaram. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

§ 4º - O decreto de estado de sítio ou de sua prorrogação será submetido, dentro de 5 (cinco) dias, com a respectiva justificação, pelo Presidente da República ao Congresso Nacional. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

§ 5º - Se o Congresso Nacional não estiver reunido será convocado imediatamente pelo Presidente do Senado Federal. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

§ 6º - Durante a vivência do estado de sítio e sem prejuízo das medidas previstas no artigo 154 também o Congresso Nacional, mediante lei, poderá determinar a suspensão de outras garantias constitucionais. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

§ 7º - As imunidades dos deputados federais e senadores poderão ser suspensas durante o estado de sítio por deliberação da Casa a que pertencem. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)

através de dispositivo que estabelecia que “as gravações em vídeo-tape realizadas na área e nos Municípios a que se refere este artigo deverão ser, antes de transmitidas, examinadas previamente pelo órgão competente do Departamento da Polícia Federal”, o que implicara censura e gerara restrição de liberdades em regiões do país que não se encontravam sob os efeitos da medida de emergência.

Contudo, o ministro Moreira Alves, relator, decidiu que a “impetração ataca inequivocamente ato normativo em tese”, que seria o decreto presidencial, e que a Corte não poderia conhecer da impetração, pois, de acordo com a súmula 266 “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. No mais, repetiu-se o argumento utilizado no caso anteriormente exposto: “O ato cuja realização se quer impedir é da competência de autoridade que não é o Presidente da República e que não se acha arrolada no inciso I, letra “i”, do artigo 119 da Constituição Federal”. O mandado de segurança foi indeferido por unanimidade.

No entanto, a competência para determinar medidas de emergência era privativa do Presidente da República, nos exatos termos do artigo 81, inciso XVI, da Carta de 67/69. Como aponta Oscar Vilhena, ao contrário do que sugeriam as reiteradas decisões do STF, não haveria, “portanto, [...] possibilidade legal de as medidas serem de responsabilidade de outra autoridade que não o Presidente (Art. 81, XVI, CF 1967/69).” (VIEIRA, 2002. apud. PERGORARO, 2006, p. 43)

Quanto à suposta impetração contra lei em tese, o voto do Ministro Relator apenas apontou, laconicamente, que

“A presente impetração ataca inequivocamente ato normativo em tese (Decreto 89566, de 18.04.1984). Com efeito, sustenta ela, em última análise, a inconstitucionalidade dos dispositivos desse Decreto que dizem respeito à censura de meios de comunicação.”

O julgado limitou-se a estabelecer que a impetração “atacava lei em tese”. Não elucidou por quais motivos assim decidiu. Em princípio, seria necessária ao menos uma análise mais detalhada dos argumentos do impetrante para se chegar a tal conclusão peremptória, ainda mais se levarmos em conta que a jurisprudência do STF posiciona-se no sentido do cabimento do mandado de segurança contra decreto, desde que este apresente efeitos concretos, não se aplicando, nesta hipótese, a súmula nº 266.

Assim, vislumbra-se, nos casos em comento, um Supremo que, por detrás de um biombo de questões formais, protegeu ao máximo a figura do presidente da República,

olvidando direitos de liberdade de expressão, de informação e de locomoção que estavam sendo restringidos em virtude do cumprimento do decreto presidencial em questão, em afronta à Constituição vigente à época.

Observando-se o quadro de ministros do STF no ano de 1985, percebe-se que todos à época da votação dessas ações haviam sido indicados por presidentes militares: Djaci Falcão, por Castello Branco; Soares Muñoz, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Décio Miranda e Rafael Meyer por Ernesto Geisel; Néri da Silveira, Oscar Corrêa e Alfredo Buzaid por João Figueiredo.

Uma análise mais profunda nos leva a perceber, portanto, que uma das causas para o comportamento da Corte poderia decorrer do alinhamento ideológico de seus ministros com o regime. A postura do Supremo perdurou até os tempos democráticos e foi especialmente visível nesse momento de ruptura com a ordem política militar. Com o governo já enfraquecido e sem tantas limitações e restrições impostas pelos AIs, o STF teve grandes oportunidades de atuação em prol da abertura política e da transição para a democracia. No entanto, assumiu reiteradas vezes postura retrógrada e inconsistente com as mudanças clamadas pela população, já no fim do regime.

Nesse sentido, aponta Vilhena (VIEIRA, 2002. apud. PERGORARO, 2006, p. 42) que “o Supremo colaborou para a transição no ritmo estabelecido pela agenda do Planalto. Em diversos episódios onde se buscou o Supremo, tiveram os litigantes suas pretensões frustradas por um tribunal submisso à vontade dos militares.” Portanto, o processo de sucessão do Presidente ocorreu com o aval do STF e como fora desejada pelos militares: eleições indiretas limitadas ao Colégio Eleitoral.

A falta de sintonia entre os ministros do Supremo e o momento político que vivia a sociedade, muito visível naquele momento de transição, era, ao menos em parte, fruto direto das indicações políticas feitas pelos presidentes militares, consubstanciando-se assim um grande descompasso entre a composição da Corte e a realidade política corrente, daí advindo forte crise de legitimidade. Estaríamos livres de tal problema nos dias de hoje?

2.3 O STF na Constituição de 88 e a politização da Justiça no Brasil

Após a promulgação da Constituição de 88, o STF passou a figurar no centro do nosso sistema político. Embora tenha desempenhado um papel importante nos regimes constitucionais anteriores, como na Primeira República ou no início do período militar,

quando ainda proferia decisões contrárias ao governo, não há como se comparar tais situações com a atual proeminência que possui a Corte.

Ao contrário do papel secundário que lhe era atribuído no momento histórico imediatamente anterior (final do regime militar), viu-se, no Brasil redemocratizado, um paulatino deslocamento da autoridade política do sistema representativo para o Judiciário. A expansão da autoridade dos tribunais, entretanto, não é um fenômeno exclusivo do Brasil e é objeto constante de estudos e pesquisas que procuram compreender o avanço dos tribunais em detrimento dos parlamentos e a influência do direito sobre a política.

Muitos enxergam a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo, ineficaz na tarefa de produzir a justiça e a igualdade social, ideais tão caros à ordem constitucional democrática. Outros veem o controle de constitucionalidade, importado dos Estados Unidos para o Brasil, como fator crucial para esse deslocamento de poder em direção ao Judiciário. Oscar Vilhena pondera nesse sentido:

“Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança da democracia e não a sua causa.”
(VIEIRA, 2008)

“Desconfiança da democracia” é um aspecto interessante a ser apontado e que poderia ser colocado como mais um fator para a proeminência do STF no caso brasileiro. Em momentos de transição, as constituições em geral buscam demarcar as diferenças entre o regime deposto e aquele que pretendem instaurar. No caso do Brasil, a Constituição de 88, tendo como objetivo o restabelecimento da democracia no país, previu formalmente em seu texto diversos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos. Ademais, dotou os

tribunais de especiais poderes para defendê-los e criou novos meios para reclamar as suas eventuais violações, que poderiam ser cometidas pelos poderes públicos ou por particulares. Essa hiperconstitucionalização brasileira, singular em termos de proteção a direitos e de atribuições dadas ao Supremo, poderia ser vista, portanto, como um reflexo da “desconfiança” de uma nova e recém instaurada ordem democrática. (VIEIRA, 2008)

Assim, a constituição transcendeu os assuntos puramente constitucionais e passou a regular relações sociais, econômicas e públicas, tornando todos esses assuntos “matéria constitucional” e dando ao corpo político pouco espaço para atuação. Nas palavras de Oscar Vilhena,

“a constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância.” (VIEIRA, 2008)

A Constituição de 88, portanto, através da ampliação das atribuições do STF, redefiniu seu papel no sistema constitucional, garantindo-lhe grande influência na política do país. A constitucionalização de inúmeros temas, a ampliação do rol de autores legítimos a propor Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção são exemplos dessa ampliação de competências do STF que geraram um inchaço do Judiciário e consolidaram sua posição de importância no cenário político nacional. Um verdadeiro *player* político.

Um bom exemplo da influência das decisões do STF no processo político pode ainda ser visto nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, por meio das quais se estabelece uma cooperação entre Governo e Supremo Tribunal Federal. Esse tipo de ação permite que o Supremo suspenda o controle de constitucionalidade por via difusa, declarando a constitucionalidade de uma norma que tem a sua legitimidade questionada e combatida nos tribunais inferiores. Essa atribuição dá ao STF o poder de assegurar a governabilidade e o cumprimento de uma norma editada pelos poderes representativos, tornando a norma imune a qualquer impugnação por parte dos cidadãos.

Ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade de matérias de patente relevância, corrigindo e até mesmo anulando escolhas políticas fundamentais exteriorizadas pela produção do Legislativo, representante da vontade geral, o Supremo assume inegavelmente um papel destacado no cenário político nacional. (VIEIRA, 2008)

Cabe ressaltar que, apesar de todas as mudanças aqui mencionadas, o sistema de nomeação dos ministros do STF permaneceu o mesmo na nova Constituição. Previsto no artigo 101⁵, a nomeação se dá pelo Presidente da República, dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Esta tendência da jurisdição constitucional do STF, cada vez mais invasora da esfera política dos poderes eleitos, estimularia o Presidente da República a escolher os Ministros pelo critério político partidário, de modo a garantir a chancela do STF às decisões políticas tomadas pela Presidência. Esse aspecto da politização da justiça pôde ser claramente percebido durante o regime militar, muito embora ocorresse sob outros moldes, e é patente até hoje.

Durante o período de transição política analisado, percebeu-se no Brasil uma clara dissonância entre os ministros do Supremo e as demandas da população naquele particular momento da história. Com a promulgação da Constituição de 88, e a assunção de papel político pelo STF, a manutenção da forma de nomeação dos ministros para a Corte e a vitaliciedade do cargo de Ministro, tal problemática perenizou-se em nossa realidade. O questionamento em torno da adequação de ministros nomeados em outros momentos políticos, econômicos e sociais para o julgamento de questões que demandam um reconhecimento de novos valores e de uma nova realidade será sempre levantado. Quando se tem uma forte atuação política da Corte, como atualmente ocorre, o problema da vitaliciedade de seus membros se agrava ainda mais.

“No exercício destas funções que lhe vem sendo atribuídas pelos distintos textos constitucionais ao longo da história republicana, ousaria dizer, emprestando a linguagem de Garapon (1996), que, nos últimos anos, o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de "proteção de regras" constitucionais, face aos potenciais ataques do

⁵ 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.

sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de "criação de regras"(GARAPON, 1996); logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer interprete constitucional, com exercício de poder. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática (DAHL, 1989).” (VIEIRA, 2008)

Faltaria aos ministros do STF, portanto, legitimidade democrática para agirem em substituição aos atores políticos eleitos, como tem ocorrido após 88. Além de não serem eleitos pela população, são vitalícios em suas funções. A composição do Supremo e sua adequação a nossa realidade devem ser, portanto, questionados, inclusive na medida em que a longevidade cada vez maior da população em geral tem reflexos na composição do serviço público.

3. A inadequação do sistema de composição e da vitaliciedade dos ministros do Supremo Tribunal Federal e a proteção dos Direitos Fundamentais

A composição das cortes constitucionais é apontada pela doutrina como fator legitimador das suas decisões. Fala-se da perda de legitimidade do STF em virtude de inúmeros aspectos; porém, faz-se necessária inicialmente a divisão entre legitimidade de origem e legitimidade de exercício. (SCHWARTZ; DEZORZI, 2010, p.187) A primeira se refere a toda à credibilidade da instituição e à forma de seleção dos magistrados. Em última análise, reside na soberania popular, pois é proveniente do Poder Constituinte originário, como ressalta Favoreu (2004, p. 34), e deve-se ao fato de seus membros serem designados por autoridades democraticamente eleitas. A legitimidade de exercício, por outro lado, implica a existência de uma distância segura do Tribunal em relação à vinculação partidária, devendo seus membros ser neutros e livres de influências partidárias. Implica ainda a observância dos requisitos mínimos para a nomeação, bem como as garantias que lhes são outorgadas e as limitações que lhes são impostas.

O formato de indicação política dos ministros do STF é alvo de diversas críticas por permitir um vínculo indesejado entre o Supremo e o chefe do Executivo, prejudicando a

neutralidade de atuação da Corte e atacando diretamente a sua legitimidade de exercício. Assim, torna-se necessária a fixação de parâmetros a serem observados nessa escolha subjetiva do Presidente, com o intuito de garantir, tanto quanto possível, uma legitimidade de exercício ao Tribunal.

A fixação de idade mínima e máxima para o exercício do cargo, além da exigência de capacitação técnica e de diversidade cultural têm sido os pontos mais adotados como limitação ao poder de seleção. A *idade mínima* se explica pela necessidade de experiência que o cargo demanda, enquanto a *idade máxima* é comum em países que estipulam uma aposentadoria compulsória e se explica pela perda de dinamicidade exigível para o desempenho das funções. A exigência de *capacitação técnica* é a mais eficaz das medidas contra a influência política que órgãos e grupos de interesse podem exercer no momento da indicação. (SCHWARTZ; DEZORZI, 2010, p.185)

Devido à grande amplitude das competências que são atribuídas ao Tribunal, e por este ser encarregado de julgar matérias constitucionais ligadas a princípios, direitos fundamentais e cláusulas abertas, torna-se indispensável uma Corte de *composição plural*, capaz de olhar de forma mais ponderada uma sociedade multicultural. A diversidade na composição do STF é, portanto, o último fator que costuma figurar como limitador da discricionariedade do chefe do Executivo no momento da indicação (SCHWARTZ; DEZORZI, 2010, p.185) É um aspecto que não deve ser olvidado por ser de particular importância para um país plural como o Brasil.

Esse pluralismo desejado para o Supremo Tribunal Federal poderia ser tido como *lato sensu*, subdividindo-se em três outros aspectos: pluralismo *stricto sensu*, representatividade e complementaridade. O primeiro consistiria em “evitar o predomínio de uma única tendência política na composição da corte, visto que conduziria a uma homogeneidade do seu posicionamento com o do governo e comprometeria sua capacidade de controle”. O segundo, por sua vez, se relaciona com a representatividade de minorias e apresenta-se como a necessidade de que as várias tendências e segmentos da sociedade estejam contemplados no Tribunal, considerando as diversidades linguísticas, étnicas e religiosas de cada grupo. O terceiro, por fim, procura garantir uma composição de membros oriundos de diversas atividades profissionais (juízes, advogados, professores, entre outros) para assegurar a multiplicidade de experiências e horizontes. (SCHWARTZ; DEZORZI, 2010, p.189)

Todos esses aspectos ligados ao pluralismo (*lato sensu*) conferidores de legitimidade de exercício ao Supremo, ainda que plenamente implementados, são contudo eclipsados pelo

mandato vitalício dos ministros. A vitaliciedade, ao impossibilitar uma renovação regular do quadro do tribunal, faz com que as modificações na conjuntura política não sejam acompanhadas por modificações na composição interna do Tribunal, o que pode levar a resultados negativos, como vimos nos dois casos analisados. Os ministros do STF, por mais que componham um quadro marcadamente plural, representativo e complementar, não são imunes à passagem do tempo e à dinamicidade das forças sociais. A disparidade entre suas decisões e os anseios sociais eventualmente passará a ocorrer, causando uma perda de legitimidade de exercício, como ocorreu no Brasil no período de 1979 a 1985. E tal disparidade é diretamente proporcional ao crescimento da expectativa de vida da população, que refletirá no aumento médio da duração dos mandatos dos ministros do STF.

Nesse sentido, temos a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 42 de 2003, prevendo aumento do limite da aposentadoria compulsória dos Ministros do STF para 75 anos. A proposta foi aprovada no âmbito do Senado e, atualmente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, com chances reais de aprovação.

4. Considerações Finais

Em razão da atuação política do STF, a forma de escolha de seus ministros ofenderia as ideias básicas de democracia, que repousam no governo da maioria, na periodicidade dos governantes e na participação popular. Considerando que o Senado historicamente não atua de modo a questionar uma indicação presidencial, faz-se necessário pensar em outros meios de composição do STF de forma que a nomeação não seja unicamente dependente da vontade do Presidente para se concretizar. A maior independência e participação popular na formação subjetiva seriam meios, ao lado da possibilidade de implementação de mandatos temporários, de conferir maior legitimidade ao Tribunal, instituindo a rotatividade no poder como manda o princípio republicano.

A vitaliciedade dos ministros é um fator agravante dessa problemática, pois vai de encontro a qualquer princípio de alternância no poder. Nesse diapasão, o presente trabalho levanta ainda uma outra variável essencial para essa análise: a questão demográfica e o aumento da expectativa de vida do brasileiro.

Dada a crescente expectativa de vida da população brasileira, é cada vez mais provável que os ministros permaneçam ativos e com saúde em seus cargos até a data limite de

seu exercício. A análise das Tábuas de Mortalidade (IBGE) ⁶ para o total da população brasileira, entre os anos de 2006 e 2011, para ambos os sexos, mostra que o aumento da expectativa de vida ao nascer foi acompanhado por um aumento da expectativa de vida em todas as faixas etárias. Para fins específicos dessa pesquisa, tomou-se como foco o período compreendido entre as idades mínimas e máximas possíveis para a nomeação de um ministro (35 a 65 anos de idade).

Dentro dessa limitação etária, observou-se que um ministro nomeado aos 35 anos, em 2006, teria expectativa de vida de mais 41,5 anos. De maneira sempre ascendente ao longo dos anos, em 2011 esse número chegou a 42,2 anos, sobrevivendo-se até os 77,2 anos. Já um ministro nomeado aos 65, teve sua expectativa de vida aumentada de 17,5 em 2009 para 17,9 em 2011, podendo, portanto, sobreviver até 83 anos de idade. Considerando a idade média de nomeação para ministros do STF 52 anos ⁷, tem-se, nessa idade, segundo os dados do IBGE para o ano de 2011, uma expectativa de vida de mais 27,5 anos. Em média um Ministro do STF viveria, portanto, até 79,5 anos.

Desse modo, mostra-se extremamente preocupante a proposta que surgiu dentro do próprio Supremo para aumentar a idade de aposentadoria compulsória para 75 anos, materializada na PEC 42. Vivemos frequentemente momentos de transição decorrentes de “rupturas” de paradigmas sociais antes tidos como inquestionáveis (caso das uniões homoafetivas levado à apreciação do STF, por exemplo) de forma que quanto mais tempo um ministro permanecer na Corte, maiores serão as chances de suas concepções de mundo e a realidade corrente vivida pela população entrarem em choque.

Tendo como base a idade de aposentadoria compulsória atual (70 anos) e tomando como exemplo o Ministro Dias Toffoli, cuja posse se deu em 2009, aos 42 anos, pergunta-se como estará o Brasil em 2037, ano em que o ministro compulsoriamente será aposentado. Será o mesmo capaz de se renovar, continuamente, enquanto magistrado e enquanto ser humano, de forma a produzir, pelos próximos 28 anos, decisões adequadas à realidade social vigente em cada momento até lá?

Impossível prever a exata resposta dessa questão. No entanto, vale refletir: há exatos 28 anos o Brasil vivia o ano de 1985. Em meio à votação das Diretas Já, vivia o indeferimento

⁶ Em cumprimento ao disposto no Art. 2o do Decreto no 3.266, de 29 de novembro de 1999, o IBGE divulga, até o dia 1º de Dezembro, anualmente a Tábua Completa de Mortalidade para o total da população brasileira, referente ao ano anterior. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2011/default.shtm>

⁷ Através da média aritmética das idades dos atuais ministros do STF à época de suas nomeações. Dias Toffoli, 42 anos; Celso de Mello, 44 anos; Marco Aurelio Melo, 44 anos; Gilmar Mendes, 47 anos; Joaquim Barbosa, 49 anos; Carmen Lúcia, 52; Ricardo Lewandowski, 58 anos; Luis Fux, 58 anos; Rosa Weber, 63 anos; e Teori Zavascki, 64 anos.

dos habeas corpus e mandados de segurança impetrados pela oposição contra o decreto presidencial n. 89.566. O mundo, em 1985, vivia sob a ameaça nuclear da Guerra Fria; a América Latina vivia sua “década perdida” na economia; a Microsoft lançava o Windows 1.0 como seu sistema operacional e a comunidade global era alertada, pela primeira vez, para a existência de um buraco na camada de ozônio.

Possivelmente um ministro nomeado à época, com 42 anos, e tendo ainda 28 anos pela frente, não produziria decisões adequadas ao Brasil de 2013. Somos atualmente um país política e economicamente estável, com uma democracia consolidada; inserido numa revolução tecnológica em que se discutem os direitos à informação, à privacidade e à liberdade de expressão, agora aplicados ao mundo virtual; somos parte atuante numa corrente mundial de conscientização e proteção ao meio ambiente, com uma Constituição garantidora de direitos difusos a um meio ambiente equilibrado. E talvez a maior diferença entre todas essas: somos, 28 anos depois, um país que tem a dignidade da pessoa humana como base principal de nossa ordem constitucional.

Dessa forma, sendo o STF inequivocamente um ator político após 88, tanto quanto os Poderes eleitos, deve se sujeitar ao Princípio Republicano - mandatos fixos e rotatividade no poder. E a questão demográfica aqui levantada impõe que se faça tal opção o quanto antes, de modo a se evitar déficits de legitimidade semelhantes ou mesmo mais graves que os verificados quando da votação da Emenda Dante de Oliveira.

5. Referências Bibliográficas

DAHL, Robert Alan. *Democracy and its Critics*, New Haven: Yale University Press, 1989. apud. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n.2, jul/dez. 2008.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, 131 p.

GARAPON, Antoine. *O guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. apud. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n.2, jul/dez. 2008.

PERGORARO, Joana Cristina. **A Política na Corte: Uma Análise da Forma de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: UFRGS, 2006. 106 p.

SCHWARTZ, Germano; DEZORZI, Diego. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, n.10, jan/mar 2010

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002. apud. PERGORARO, Joana Cristina. **A Política na Corte: Uma Análise da Forma de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: UFRGS, 2006. 106 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n.2, jul/dez. 2008.