

FALTA LEGITIMIDADE À SUPREMA CORTE BRASILEIRA? UMA ANÁLISE EMPÍRICA COMPARADA DO MODELO DE RECRUTAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL

LEON VICTOR DE QUEIROZ BARBOSA (UFPE & UFMG)
JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO (UFPE & UNICAP)
MARJORIE CORRÊA MARONA (UFMG & CES-AL)

Área Temática: Instituciones Políticas y Conflicto Interinstitucional

Trabajo preparado para su presentación en el VII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Bogotá, 25 al 27 de septiembre de 2013

Falta legitimidade à Suprema Corte Brasileira? Uma análise empírica comparada do modelo de recrutamento dos tribunais superiores no Brasil.

Leon Victor de Queiroz Barbosa¹
José Mario Wanderley Gomes²
Marjorie Corrêa Marona³

RESUMO

Na vasta literatura sobre instituições políticas (Lijphart, 2003; Koopmans, 2003; Ackerman, 2000), de um lado o modelo de westminster privilegia o Parlamento como a única instituição legítima para elaborar leis e criar políticas públicas. Já o modelo constitucional, iniciado nos Estados Unidos no século XVIII e adotado na Europa no pós-segunda guerra permite às Supremas Cortes a revisão judicial dos atos do Legislativo e do Executivo, cabendo ao Judiciário a última palavra sobre leis. Entretanto, o desenho institucional brasileiro estabelece que o poder judicial será exercido por magistrados mediante concurso público, atividade jurídica prévia de três anos e estágio probatório de mais dois. Com exceção do quinto constitucional e do modelo de composição do Superior Tribunal de Justiça, a ideia de legitimidade dos tribunais reside na forma como os juízes são recrutados passando por diversos filtros como OAB e Ministério Público no caso dos 20% das vagas dos tribunais destinadas a esses órgãos. Entretanto, pesquisas mostram que as instituições políticas tem baixa credibilidade. Em contra-partida, os juízes gozam de melhor avaliação perante a opinião pública quando comparados aos poderes eleitos. Esse cenário tem fomentado críticas ao modelo constitucional brasileiro, alegando que o Supremo Tribunal Federal brasileiro não possui legitimidade por causa de seus membros serem indicados pelo Presidente da República e apenas homologados no Senado, sem qualquer debate, o que supostamente geraria uma Suprema Corte com poucos juízes e em sua ampla maioria preenchida por advogados próximos ao Chefe do Executivo Federal. Essa crítica acaba dicotomizando as cortes. De um lado, o Superior Tribunal de Justiça, formado por juízes “técnicos” escolhidos por concurso público ou perante os membros da OAB e do Ministério Público. De outro, o Supremo Tribunal Federal composto por políticos que estariam usurpando as competências do legislativo, onde as decisões judiciais serão políticas em vez de técnicas quando comparadas às do STJ. Nossa hipótese é a de que, devido ao quinto constitucional dos tribunais estaduais e federais, grande parte do Superior Tribunal de Justiça é formada por advogados, não por magistrados concursados. Os nossos dados mostram que os membros do STF e do STJ possuem perfis muito próximos estatisticamente, evidenciando que não faz sentido querer adotar no STF o modelo de recrutamento utilizado para o STJ.

Introdução

Este artigo busca contribuir para o debate acerca de um fenômeno genericamente designado como *judicialização da política*, intimamente vinculado ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (Vianna, 2012). Designadamente, o que se pretende é analisar a composição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), em perspectiva comparada, buscando problematizar, a base de

¹ Professor Substituto no Departamento de Ciência Política da UFMG. Doutorando em Ciência Política pela UFPE. Pesquisador do Centro de Estudos Legislativos (CEL/UFMG)

² Professor de Direito na Universidade Católica de Pernambuco e na Faculdade Damas. Mestre em Direito e Doutorando em Ciência Política pela UFPE.

³ Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da América Latina (CES-AL). Doutoranda em Ciência Política pela UFMG.

legitimidade de atuação desse último, tendo como pano de fundo o modelo de revisão constitucional adotado pelo ordenamento constitucional brasileiro.

O problema central consiste na verificação de *se* a variação na composição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) nos dá alguma luz acerca dos discursos de legitimidade que sustentam a atuação da Corte Constitucional, tendo em vista, fundamentalmente, o modelo de recrutamento que atendem e as atribuições específicas que desempenham cada um desses dois tribunais superiores brasileiros. A hipótese central é a de que o perfil dos ministros do Superior Tribunal de Justiça não é mais “técnico” do que o aquele esposado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais supostamente possuiriam uma vinculação política mais evidente, justamente por funcionarem como “guardiões da constituição”. Ao contrário, ainda que com recurso a discursos de legitimidade distintos em muitos pontos, ambos os tribunais possuiriam uma composição bastante similar.

O pressuposto teórico que guia esse trabalho é o de que a contenda acerca da legitimidade do poder judiciário vincula-se à reconstituição das teorias democráticas sob o signo da deliberação e da participação, o que, em grande medida, desarticulou o discurso que assenta a sua legitimidade em uma atuação isenta ou neutra, do ponto de vista político. Considerando, portanto, que o juiz, individualmente, e o judiciário, institucionalmente, exercem uma atividade importante de representação do interesse público é que esse artigo se dedica à análise dos modelos de recrutamento da magistratura, especialmente, para os tribunais superiores, no Brasil. E, especificamente, problematiza a questão do processo de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

O artigo está dividido em cinco partes, além de uma introdução e uma conclusão. Na primeira parte do texto busca-se articular o fenômeno da judicialização da política, genericamente concebido a partir do protagonismo dos tribunais na vida política do país, especialmente pelo exercício do controle de constitucionalidade que exercem, via de regra, pelas Cortes Constitucionais, com o giro deliberativo-participativo no interior da teoria democrática. Na segunda, parte, mais especificamente, o que se pretende é reconstruir o lugar do judiciário no interior dessa teoria, tomada em uma perspectiva “radical”, buscando apontar os deslocamentos de legitimidade no interior das

democracias contemporâneas. Na terceira parte atenta-se para os modelos de recrutamento da magistratura que se tornaram hegemônicos para, finalmente, na quarta parte, apresentar, em uma perspectiva comparada, aqueles modelos em articulação com a atuação das altas cortes no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. A derradeira quinta parte do texto apresenta um conjunto de dados acerca do perfil dos ministros dos dois mais relevantes tribunais superiores no Brasil, a partir dos quais se pretende problematizar a legitimidade da Corte Constitucional a partir do processo de recrutamento de seus integrantes.

I. Judicialização da política e uma nova era de legitimidade democrática

O crescente envolvimento do judiciário no *decision making* não é um fenômeno particularmente brasileiro. A ampliação da influência do direito no mundo contemporâneo sobre todas as dimensões da vida é um dado reconhecido por analistas de diversas partes do mundo (TATE & VALINDER, 1995; SANTOS *et al*, 1996; GARAPON, 1999; WERNECK VIANNA *et al*, 1999), conformando rica e variada bibliografia, que reúne hipóteses acerca das causas e consequências do crescente protagonismo social e político dos tribunais nas sociedades contemporâneas.

Esse é um fenômeno que (re)coloca, dentre outras importantes questões, a da legitimidade dos tribunais, a do conteúdo democrático do intervencionismo judiciário sempre que esse interfere diretamente com o poder legislativo ou o poder executivo. Isso porque o padrão de intervencionismo judiciário que o fenômeno capta por vezes pode assentar em um entendimento ampliado do controle da legalidade que inclui “a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos” (Santos *et al*, 1996, p. 20).

Nesse sentido, o debate acerca do papel do poder judiciário, ou mais especificamente, de sua capacidade de intervir na conformação das políticas públicas, alterando, em alguns casos, a decisão política alcançada por representantes eleitos, tem sido associado diretamente ao controle de constitucionalidade que exerce, em particular pela via de atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). TATE & VALINDER (1995:15) já apontaram que uma das principais formas de judicialização da política é o controle de constitucionalidade

dos atos do Executivo e do Legislativo; o *judicial review*, mecanismo institucional colocado à disposição do Poder Judiciário.

Nesse sentido, se pode dizer que o fenômeno da judicialização da política aponta para a crescente intervenção do judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas, o que tem se verificado a partir século passado tendo em vista a adoção de Tribunais Constitucionais pela grande maioria dos estados democráticos. A causa mais remota seria a assunção dos EUA como a única superpotência mundial, o que evidenciou os mecanismos de revisão constitucional, abrindo caminho para a intervenção do judiciário no cenário político democrático.

O surgimento e proliferação dos Tribunais Constitucionais e a mudança de comportamento jurisprudencial dos tribunais, que passam a atuar nos vazios institucionais deixados pelos tradicionais poderes representativos – quiçá como forma de delegação - impulsionados pela crise do positivismo jurídico⁴, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias e, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais são causas frequentemente suscitadas.

Por outro lado, é possível associar o protagonismo dos tribunais a um fenômeno mais amplo, de natureza social, que remete ao esvaziamento dos ideais e práticas republicanas que faz substituir as modernas instituições associativas pelo judiciário (Garapon, 1999), promovendo alguns deslocamentos de legitimidade na ordem democrática (Filgueiras & Marona, 2012). Nessa perspectiva, o protagonismo do judiciário está diretamente associado à generalizada desconfiança em relação às tradicionais instituições políticas, em especial, em relação aos legislativos, que induz a uma dupla ruptura. Supera-se a ficção fundadora da representação pela via eleitoral e o mito da legitimidade configurada pela presença das burocracias na vida pública (Rosanvallon, 2009).

Considerando, portanto, que o judiciário é um ator político relevante nos processos decisórios das democracias contemporâneas deve, também, compartilhar do

4 Para abordagens que enfatizam esse aspecto da judicialização, ver VIANNA (1996, 1999, 2002) e FERRAZ JR (1999).

ideal contemporâneo democrático de que as decisões (públicas) judiciais sejam mais deliberativas e participativas.

De fato, as mudanças políticas, econômicas e sociais, ocorridas em todo mundo ao longo do último século, pressionaram o sistema judiciário a aceitar novos desafios e assumir novas funções. Atualmente, e cada vez mais, os tribunais são espaços privilegiados de definição e aprofundamento dos direitos dos cidadãos, o que lhes impõe um esforço sistemático de adaptação à nova realidade social. Nesse contexto, em que o judiciário assume funções que são, evidentemente, políticas, sua legitimidade está longe de assentar em uma atuação “isenta” ou “neutra”.

Consequentemente, a autonomia funcional (do juiz) deve ser tida como decorrente da capacidade institucional (do judiciário) de ser uma arena de debate público, em uma democracia na qual questões controversas, que envolvem valores fundamentais, são debatidas, e decisões são publicamente justificadas. Nesse sentido, o juiz, individualmente, e o judiciário, institucionalmente, exercem uma atividade importante de representação do interesse público e, por isso mesmo, as magistraturas devem ser tomadas como peças fundamentais para a concretização das necessárias transformações no sistema judiciário, com vistas a ampliar sua eficiência e qualidade, contribuindo na sua renovação democrática, no sentido de melhor responder aos desafios da sociedade e às expectativas dos cidadãos (SANTOS, 1996; GARAPON, 1998).

Evidentemente que tal pressuposto erige-se para além da fórmula da democracia eleitoral, que prioriza a representação como forma de exercício da soberania. Ao contrário, a representação é situada em um “misto complexo de deliberação e voto, autorização formal e influência informal” e expressa o processo político que conecta sociedade e instituições, provocando a “disseminação da presença do soberano e sua transformação em uma tarefa contínua e regulada de contestação e reconstrução da legitimidade”, que não se confina à deliberação e à decisão na assembleia (URBINATI, 2005:193). Trata-se de uma nova era da legitimidade democrática, uma mudança de foco da democracia, expressa pela emergência de diferentes formas de encarar a realização da generalidade social, o que sugere que há várias maneiras de agir ou de falar em nome da sociedade e de ser politicamente representativo (ROSANVALLON, 2008).

Aos tribunais, portanto, ainda no século XXI, continuam a ser colocadas três questões fundamentais - a questão de sua legitimidade, a de sua capacidade e a de sua independência (SOUSA, 1996: 21). A legitimidade dos tribunais está atrelada, contudo, à função que desempenha no âmbito do sistema político e, nesses termos, a questão do modelo de recrutamento e perfil dos magistrados ganha centralidade, especialmente, no âmbito dos tribunais superiores.

II. O lugar do judiciário na teoria democrática radical

A teoria democrática hegemônica afirma que o poder político deve ser organizado através de instituições, as quais se legitimam democraticamente, na medida em que se fundam na vontade da maioria. Por outro lado, a teoria democrática deliberativa sustenta a necessidade de que as decisões construídas pelos governos sejam sustentadas por meio da deliberação para que ostentem a qualidade de legítimas. A deliberação, que legitima a decisão política, não resulta de um processo agregativo de preferências fixas e individuais, mas, ao contrário, de um processo de comunicação, em espaços públicos, que antecede e auxilia a própria formação da vontade dos cidadãos⁵.

Ao lado da tradição deliberacionista, de matriz *habermasiana*, constituiu-se uma tradição participacionista, que com aquela compartilha do ceticismo acerca da capacidade regulatória das democracias convencionais e de sua capacidade de arregimentar esforços dos cidadãos comuns. A tradição participacionista, que não se preocupa com a reversibilidade das preferências, aponta para os benefícios da inclusão, defendendo o envolvimento direto, amplo e sustentado dos cidadãos nas questões públicas, preocupando-se mais com a inclusão como condição para a efetividade e legitimidade da política do que com a qualidade das razões apresentadas para justificar as preferências dos atores.

⁵ A revitalização contemporânea da deliberação (do conceito de deliberação ou da dimensão da deliberação como componente central da democracia) (HABERMAS, 1995) assenta-se na rejeição dos procedimentos decisórios baseados exclusivamente na agregação de votos ou na competição de interesses, os quais, frequentemente, legam resultados que podem padecer de legitimidade, racionalidade e eficácia. Em contraposição, a deliberação é valorizada por engendrar decisões racionalmente informadas, mais justas e orientadas publicamente, além de reforçar as habilidades cívicas daqueles que tomam parte do processo. Ao elaborar o conceito de democracia deliberativa, HABERMAS (1995) estava preocupado com o fundamento racional das regras do jogo democrático. Pressupondo que o voto não era suficiente, propôs um procedimento *ideal* para a deliberação e tomada de decisão que deveria avançar em termos de fundamentação e legitimação das regras democráticas.

Participação e deliberação são ideias distintas e, por vezes, contraditórias. Os deliberacionistas estão preocupados com a qualidade da discussão e da interação que irão gerar as escolhas políticas. E aumentar a qualidade da deliberação pode exigir a redução do volume de participação⁶. A complexidade e a escala sociais limitam a extensão em que as sociedades modernas, politicamente organizadas, podem ser tanto deliberativas quanto participativas. A deliberação depende de participantes com conhecimento e interesse suficiente sobre os temas substantivos a serem considerados. Esses, em geral, são em pequeno número, o que afeta a qualidade da deliberação e a abrangência da participação. Ademais, a deliberação pode estimular o conhecimento e os interesses, mas limitações de tempo e recurso tornam indesejável que qualquer área particular do governo seja inteiramente deliberativa e também inclusiva e participativa.

Apesar dessa restrição fundamental, a tomada pública de decisão nas democracias liberais poderia tornar-se tanto mais deliberativa quanto mais participativa, o que depende, em parte, do cenário institucional. O desafio de desenvolver reformas que incorporem ambas – participação e deliberação –, isto é, de construir arranjos participativo-deliberativos, pode ser enfrentado a partir da idéia de sistema ou rede participativa. Nesse sentido, os governos democráticos devem oferecer oportunidades para que qualquer cidadão participe das deliberações diretas e, ao mesmo tempo, para que aqueles que participam estejam ligados a uma rede de outros cidadãos com os quais se comunicam, mesmo que esses outros não estejam diretamente envolvidos na tomada de decisão (FUNG & COHEN, 2004).

⁶ Um fórum só é realmente democrático e deliberativo se os participantes são livres e iguais para decidir sobre a agenda e propor soluções para os problemas apontados pela discussão. Ao considerar-se, portanto, as exigências da deliberação, é de se esperar que apenas os atores que se comuniquem abertamente, busquem um entendimento comum e refletido (considerando as ideias e perspectivas mútuas), tenham preferências adaptáveis, e estejam prontos a reajustar sua posição em razão do que ouvirem dos outros, possam participar em um fórum deliberativo (ELSTER, 1998). Nesse sentido, a teoria deliberativa é, inevitavelmente, excludente. De fato, o caráter normativo da prática deliberativa vem sofrendo inúmeras críticas referentes ao (pequeno) alcance inclusivo do modelo operacional de democracia deliberativa, impulsionando esforços de operacionalização do conceito de deliberação (BOHMAN, 1996; DRYZEK, 2001; YOUNG, 2003; BENHABIBB, 1996), resultando em um menor constrangimento normativo da comunicação, que rende uma versão mais inclusiva da democracia deliberativa. Nesses termos a deliberação é tomada como forma de comunicação menos estruturada, da qual as pessoas tomam parte através de discursos públicos abertos, via associações, movimentos sociais, redes e mídia. Essa orientação volta-se para a formação de opinião – e não propriamente para a construção da decisão coletiva – e não necessariamente exclui formas estratégicas de ação (protesto, boicote, ativismo radical).

A ideia de um sistema deliberativo integrado, que celebra a multiplicidade de esferas públicas e fomenta a conexão entre elas⁷, pode ser útil nesse designio. No âmbito desse sistema deliberativo, as *esferas discursivas mistas* são fundamentais para conectar o contexto discursivo amplo com esferas discursivas mais formais, encorajando ativistas, grupos de interesse, corporações (macro-esferas) e, também, parlamentares, experts, acadêmicos, governantes (micro-esferas), a entrar em contato com os cidadãos individuais. Pois bem, o judiciário brasileiro poderia avançar, em termos de ganho de legitimidade democrática, tanto e na medida em que consiga encorajar a troca de ideias entre os diferentes tipos de atores, conectando um discurso público mais amplo a conversas e decisões da elite política. Isso, contudo, depende de um conjunto de reformas institucionais que possa tornar os juízes e tribunais mais permeáveis às questões marginalizadas ou alternativas, respeitantes aos valores, aos direitos e aos interesses de grupos minoritários no seio de uma sociedade marcada pela desigualdade e pela exclusão social.

Nesse sentido, a questão de se pensar os modelos de recrutamento dos magistrados coloca o desafio de induzir a formação de um corpo profissional heterogêneo, plural, tecnicamente competente, mas que espelhe a diversidade do conhecimento e das práticas regulatórias da sociedade. Portanto, uma configuração mais plural e representativa da magistratura, em atenção à representação política exercida no âmbito do judiciário, demanda especial atenção ao modelo de recrutamento da magistratura e, nesse ponto, é importante que se faça uma diferenciação.

⁷ MANSBRIDGE (1999) já havia proposto um sistema deliberativo, composto de múltiplos locais para deliberação, tomada como algo que acontece em diversas instituições, arenas e espaços, na vida social. As esferas públicas são locais onde o discurso público ocorre por meio da exposição e discussão de diferentes pontos de vista (parlamentos, eventos comunitários, seminários públicos, etc.). Algumas esferas públicas são formais, outras são informais e outras, ainda, favorecem modelos mistos de deliberação, em suas mais variadas formas: investigação científica, contestação, negociação, consenso ou deliberação. Algumas esferas são mais estruturadas do que outras, algumas mais públicas do que outras; algumas são iniciadas pelo Estado, enquanto outras emergem da sociedade civil. O grau de sensibilidade das diversas esferas discursivas em face de questões marginalizadas ou alternativas também pode variar, mas é de se esperar que as esferas discursivas mais formais sejam menos sensíveis do que aquelas absolutamente informais ou as que combinam deliberação formal e informal. Nada impede que atores transitem por diversas esferas discursivas, no interior do sistema deliberativo, utilizando diversas formas de comunicação e se relacionando com diferentes tipos de atores. Portanto, pressupondo que os atores na sociedade civil (ativistas, grupos de interesse e cidadãos individuais) possuam habilidade e capacidade distintas para engajarem-se em diferentes tipos de esferas discursivas, é de se esperar que o sistema deliberativo, como um todo, seja capaz de fomentar uma diversidade de espaços deliberativos.

III. Modelos de recrutamento da magistratura

Tradicionalmente confrontam-se dois modelos, ambos inadequados às novas exigências e desafios propostos pelo novo quadro constitucional: o modelo profissional de recrutamento, em que os juízes são eleitos ou designados entre profissionais de direito, por órgãos políticos do Estado; e o burocrático, em que o recrutamento se dá por meio de concurso público.

O primeiro modelo desemboca, desde logo, na criação de uma identidade alargada às várias profissões jurídicas, isto é, juízes e advogados partilham o mesmo processo de socialização profissional, os mesmos valores éticos e culturais. Em regra, neste modelo, os juízes são recrutados para o exercício de funções em determinado tribunal, dentre advogados com larga experiência profissional, de modo que não existe uma carreira própria da magistratura. A avaliação competitiva do desempenho funcional ou da antiguidade não tem relevância para fins de progressão, nesse modelo. O modelo burocrático, por outro lado, é aquele em que os magistrados são selecionados através de concurso público, baseado em exames escritos e orais, para avaliação de suas competências técnico-jurídicas. Nesse modelo, a escolha com base no mérito é considerada como a melhor forma de assegurar uma seleção de qualidade e garantir a independência do poder judiciário.

Esse modelo, preponderante na Europa continental e também na América Latina, comporta múltiplas combinações, mas, de regra, assenta na concepção clássica do juiz enquanto técnico do direito, cuja legitimação advém de seu conhecimento técnico-dogmático. Os concorrentes são, em geral, jovens graduados em Direito, sem ou com pouca experiência profissional e que entram no judiciário à procura de uma carreira profissional. Esse modelo cria corpos profissionais distintos dentro do sistema estatal de justiça, fazendo com que a socialização dos magistrados se dê quase que exclusivamente no seio da própria organização judiciária e respectiva corporação profissional, que acaba por controlar os termos dessa socialização.

Os modelos de seleção e formação dos magistrados variam tendo em vista um conjunto de peculiaridades ligadas, dentre outras questões, à tradição jurídica hegemônica no país e à formação histórica das organizações que integram o sistema estatal de justiça. São métodos ordinários e mais ou menos generalizados de seleção e

formação da magistratura, no Ocidente: eleição popular; nomeação pelo Executivo, livre ou condicionada à proposta ou aprovação dos outros poderes; livre nomeação pelo Judiciário; e, concurso público. A formação, por sua vez, pode ser realizada pelas Universidades; pelo Estado, após a conclusão da graduação universitária, mas antes do ingresso na magistratura; por órgão do Poder Judiciário ou pelo Ministério da Justiça, após exame de seleção para ingresso na carreira, em Escolas de Magistratura ou não. Há casos, também, de formação em Escolas Judiciais, antes do ingresso na carreira, como tentativa de estabelecer um critério objetivo de seleção, em países onde não se adota o concurso público, como ocorre, por exemplo, no Uruguai, (parte da) Argentina e El Salvador.

Na América Latina, se observa, muitas vezes, um *“caos de estructuras judiciales com instituciones copiadas a los Estado Unidos y a Europa em muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoerentes y fatales invenciones vernáculas, al ritmo que les marcaron los intereses sectoriales y corporativos que más cerca han estado de los constituyentes y legisladores de turno”* (Zaffaroni, 1993:19). No Brasil, a promulgação da Carta Magna, em 1988, representou uma verdadeira reforma institucional do estado brasileiro, no âmbito da qual o poder judiciário viu generalizar-se o modelo técnico-burocrático de seleção, mantendo-se, por outro lado, a sua estrutura monolítica e altamente rígida e hierárquica. O concurso público tornou-se o principal mecanismo de recrutamento da magistratura, embora se tenha mantido a possibilidade de acesso direto à carreira, em caráter excepcional.

Trata-se do *quinto constitucional*, mecanismo por meio do qual advogados e membros do Ministério Público podem ascender diretamente aos Tribunais (estaduais, federais e da justiça especializada do trabalho). Igualmente, o acesso aos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e o recém-criado Superior Tribunal de Justiça) também não está vinculado ao recrutamento genérico dos concursos de provas e títulos. Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) são escolhidos entre os cidadãos, com mais de 35 e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo o cargo privativo de brasileiros natos. São nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. O Superior Tribunal de Justiça é composto de um terço de juízes dos Tribunais Regionais Federais (TRF), um terço de desembargadores dos Tribunais de Justiça (TJ) e um terço, alternadamente, dentre

advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal e Territórios, indicados pelo Presidente da República, e por ele nomeados após aprovação do Senado Federal.

No entanto, a compreensão dos modelos de recrutamento para as Cortes Constitucionais vincula-se a análise ampliada do próprio processo de constitucionalização das democracias contemporâneas. Rogério Arantes (2013) citando a análise de Ran Hirschl (2004) sobre a “juristocracia” mostrou que essa construção constitucional foi feita em seis etapas: A primeira ocorreu durante a reconstrução dos países derrotados na segunda guerra (Japão, Itália e Alemanha). A segunda etapa se deu no processo de descolonização que se seguiu logo após a segunda guerra, sendo capitaneado pela Índia em seu processo de independência. A terceira etapa, chamada de transição singular ocorreu em países autoritários ou quase democráticos onde se situa o Brasil. A quarta, chamada de transição dual diz respeito aos países pós-comunistas que implementaram o modelo ocidental de democracia incorporando as cortes constitucionais. A quinta está ligada à incorporação de padrões internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico doméstico, como é o caso do Reino Unido em 1998 ao incorporar direitos humanos internacionais e em 2009 ao criar sua Suprema Corte. A sexta e última etapa é chamada por Hirschl de transição não aparente por não ter havido mudanças fundamentais nos sistema político ou econômico para que pudesse haver a incorporação de cortes constitucionais.

Além das etapas, dois modelos são paradigmáticos. De um lado encontra-se o modelo da revisão judicial (*judicial review*) por Madison, Hamilton e Jay (2013) em seus artigos federalistas. Segundo Arantes (2013), no modelo americano não há a possibilidade de ações diretas questionarem a constitucionalidade normas. Como a revisão judicial é difusa, o judiciário inferior tem competência para analisar o caso concreto entre as partes, cujos efeitos da decisão afetarão apenas os litigantes. Esse modelo revê as normas e a Suprema Corte só participa dos debates pela via recursal após o controle de admissibilidade (*Rule of Four*) onde quatro dos nove juízes aprova o *writ of certiorari*, que significa solicitar informações do caso em análise para sua posterior revisão. No modelo americano, a Suprema Corte não tem o monopólio da interpretação sobre a constituição, dividindo tal prerrogativa com o judiciário inferior (ARANTES, 2013).

Diferentemente da revisão judicial, o controle de constitucionalidade nasceu no continente europeu, mais precisamente na Áustria. Seu idealizador foi o renomado jurista Hans Kelsen. Segundo Carvalho (2007) Kelsen possuía uma visão formal e liberal de democracia. Sua preocupação residia na proteção da minoria diante da maioria e uma corte constitucional seria um mecanismo legítimo de proteção dos grupos menores do Parlamento. “A percepção central era que sem controle a democracia não duraria” (CARVALHO, 2007, p. 170). A ideia de um tribunal controlando o Parlamento desagradava à elite burguesa, cuja magistratura ainda estava ligada ao Rei. Schmitt defendia que o verdadeiro defensor da Constituição era o *Führer*. Para conseguir implementar seu modelo de controle abstrato das leis Kelsen estabeleceu que seria o Parlamento quem escolheria os membros do tribunal constitucional (CARVALHO, 2007).

Também há outro fator de diferenciação entre os dois sistemas, enquanto que a revisão judicial é feita pela mais alta Corte do país, o controle de constitucionalidade é feito por um órgão alheio aos três poderes mesmo que seus membros tenham de ser referendado por eles. O Brasil adotou um modelo híbrido, tanto do procedimento de análise constitucional quanto do órgão julgador. Um único órgão faz a revisão das leis pela via difusa cuja decisão afeta apenas as partes envolvidas⁸ e também recebe as ações constitucionais diretas, propostas por diversos órgãos e entidades políticas e de classe através da via concentrada. Esse hibridismo acaba por retirar a ideia de distanciamento dos três poderes como Kelsen desenhou e acaba colocando o Judiciário como o poder que detém a última palavra sobre a Constituição, exercendo assim um monopólio hermenêutico sobre todos os demais órgãos, não apenas do Judiciário, mas dos demais poderes da República.

IV. Recrutamento e Legitimidade da Revisão Constitucional em Perspectiva Comparada

Os modelos a serem comparados são os do Brasil, Alemanha, França e Estados Unidos. Escolhemos o modelo alemão por conta das similaridades jurídicas com o

⁸ Caso entenda necessário estender os efeitos entre as partes para a população em geral, o Senado Federal pode suspender total ou parcialmente os efeitos da lei declarada inconstitucional, por força do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Brasil. O modelo estadunidense, embora de tradição consuetudinária, foi praticamente copiado pelo constituinte originário de 1988. A França entra por conta de suas peculiaridades e também por conta da tradição jurídica positivista.

4.1 Mecanismos de Recrutamento e Os Critérios da Legitimidade Alemã

De acordo com Landfried (2007), o recrutamento de juízes alemães é baseado no mérito, de modo que a competência funcional forja o padrão de escolha. Entretanto, apesar da importância do mérito, elementos de ordem política desempenham um forte papel na seleção. Devido ao impacto político da atuação da Corte Constitucional, seria de se esperar que esse processo seletivo fosse regido por regras democráticas e transparentes, mas não é o que acontece. Sob o argumento da imparcialidade e da redução da influência política dos partidos o procedimento é feito por um pequeno grupo de líderes partidários de ambas as Casas do Parlamento.

A Corte Constitucional alemã é composta por 16 membros para um único mandato de 12 anos. Os pretendentes precisam ser advogados e ter, no mínimo, quarenta anos de idade. O tribunal está dividido em dois colegiados cada qual com 8 membros, dentre os quais, três precisam ter atuado por pelo menos três anos como juiz de uma Alta Corte Federal⁹. Metade deles é eleita pelo Bundestag (Senado) e a outra pelo Bundesrat (Câmara dos Deputados), mas em ambos os casos, a escolha é feita por uma comissão especial, composta por doze parlamentares, e não pelo Plenário¹⁰. O quórum para aprovação é de dois terços, ou seja, são necessários 8 votos favoráveis dos 12 parlamentares da comissão para aprovar o indicado. Como consequência do quórum elevado, o processo de escolha se tornou um “exercício colaborativo entre a coalizão governamental e os principais partidos de oposição em ambas as Casas” (Landfried, 2007, p. 201). A comissão delibera a portas fechadas e a votação também é secreta. Detalhes da vida pessoal dos candidatos são considerados confidenciais.

Para auxiliar os trabalhos das comissões o Ministro da Justiça mantém uma lista com todos os juízes aptos ao cargo e outra com todos os juízes indicados por partidos

⁹ A Constituição Alemã em seu artigo 95 estabelece como Altas Cortes o Tribunal Federal de Justiça, o Tribunal Administrativo Federal, o Tribunal Federal de Finanças, o Tribunal Federal do Trabalho e o Tribunal Federal Social.

¹⁰ Esse mecanismo foi muito criticado na literatura, quando da sua implementação, mas sem impacto no processo (Landfried, 2007, p. 201).

políticos, pelo governo federal ou por governo de estado. Os critérios para montar a pequena lista que segue para apreciação das comissões são desconhecidos do público. Um aspecto interessante do modelo de composição alemão é o de que, uma vez que um partido conquista uma cadeira na Suprema Corte ele consegue mantê-la. Seus estudos mostram que partidos como CDU (Christian Democratic Union) e SPD (Social Democratic Party of Germany) vem mantendo suas cadeiras desde 1951(LANDFRIED, 2007, p. 203-206).

Landfried (2007, p.198) observa que os juízes da corte constitucional alemã tem limitada legitimidade democrática apenas pelo fato de não serem eleitos diretamente pela população. A extensão de sua legitimidade democrática indireta depende dos procedimentos de seleção e eleição dos membros. A transparência do processo seletivo é a primeira condição para assegurar um grau aceitável de legitimidade. Tal condição só pode ser alcançada quando não houver barganhas secretas entre partidos no período de seleção.

De acordo com o inciso II do art. 20 da Constituição alemã, o governo deve ser exercido alinhado à vontade popular. A participação da Corte Constitucional no governo deve ser indiretamente ancorada na soberania do povo. A segunda condição de legitimidade é a de que os juízes são eleitos pelos representantes do povo no Parlamento. A terceira condição no processo de seleção é a necessidade de um amplo espectro de experiências profissionais entre os magistrados. Como a Corte tem de decidir sobre os mais diversos assuntos, seus membros devem ter a seu dispor diferentes experiências educacionais, políticas, profissionais e sociais.

A quarta condição é o contínuo reconhecimento entre atores políticos e judiciais, considerando que a Corte Constitucional tem que tomar decisões com consequências políticas, algumas diferenças entre decisões jurídicas e políticas devem ser mantidas. Políticos e magistrados devem ser independentes de forma a permitir que possam decidir com base em critérios.

Em sistemas políticos modernos no qual a capacidade de resolver problemas depende em observar problemas complexos por diferentes pontos de vista, a existência da revisão constitucional pode ser benéfica ao adicionar um ponto de vista que é diferente dos políticos. É claro que juízes que gozam de um elevado grau de

independência podem decidir casos de forma diferencial a outros poderosos. Mas é plausível a hipótese que alguns arranjos institucionais podem proteger melhor a independência judicial do que outros. (Landfried, 2007, p. 199) Tradução dos autores.

O outro lado da moeda é a independência dos políticos. Eles não deveriam levar tão a sério a obediência à Corte Constitucional. A tendência dos legisladores de cada vez mais argumentar como se fossem advogados constitucionais é prejudicial para a democracia. Quando políticos antecipam a revisão constitucional apenas para evitar o conflito com a Corte Constitucional e não para assegurar conformidade com a Constituição, eles reduzem o alcance de soluções possíveis para problemas político-sociais. Se o impacto legislativo da Corte Constitucional é um reflexo da ineficácia do processo legislativo, devia-se focar na fraqueza da legislatura em vez de dar mais poder político às cortes constitucionais (Landfried, 2007, p. 199)

A quinta condição para legitimar a revisão judicial é o respeito da Corte Constitucional por suas competências. Estabelecer a divisão de atribuições entre o Judiciário e o Legislativo é difícil. Uma teoria de revisão constitucional que contém padrões de separação de poderes entre os dois não deveria vir do ponto de vista subjetivo de um consenso social existente, mas deve ser construída a partir da gênese da Constituição. Segundo John Hart Ely (apud Landfried, 2007, p. 200), “juízes de cortes constitucionais são responsáveis por garantir a abertura do processo político a todos os pontos de vista de forma igualitária”. Assim, como os juízes controlam a legitimidade do processo e não a do resultado, a revisão judicial seria compatível com a democracia.

A sexta e última condição para assegurar legitimidade à Corte Constitucional é a confiança que ela tem da população. O mais importante é que a crise da democracia partidária não prejudique a legitimidade da corte, como acontece com a falta de transparência no processo de seleção (Landfried, 2007, p. 200).

4.2 O Modelo Francês e a “Semi-Revisão”

Jean Jacques Rousseau, ao contrário de Montesquieu, teve pouco interesse em se debruçar sobre a divisão dos poderes. Ele não se opunha à ideia de autoridade por parte

do Executivo e do Judiciário, mas ambos deveriam estar subordinados ao Legislativo, o legítimo depósito da vontade popular (Provine & Garapon, 2007).

A escolha de um modelo de recrutamento de magistrados define não apenas detalhes do ordenamento jurídico, mas também da governança. No modelo francês o governo deve estar apto a agir sem a interferência dos tribunais. O judiciário é independente para decidir as contendas, mas não realiza a revisão judicial da Constituição. A França reconhece o desejo de certa independência em revisar a legislação no sentido de proteger direitos fundamentais, mas isso não é feito pelos tribunais. “A ausência de poder em contradizer os poderes eleitos confina os juízes franceses a sombras” (Provine & Garapon, p. 176).

A determinação de manter questões constitucionais fora dos tribunais não deixa a França totalmente sem revisão constitucional. A Constituição de 1958 criou uma alternativa: o Conselho Constitucional, com poderes de revisar a legislação e sua adequação constitucional antes da promulgação. Na prática, quando François Mitterand tentou implementar um programa socialista de governo em 1981, houve forte oposição dos gaullistas. “O conflito dentro do governo dá ao Conselho a última palavra sobre a validade de legislações importantes e ajudou a desenvolver uma jurisprudência sobre elas” (Provine & Garapon, p. 181).

Koopmans (2003) chama o modelo francês de “semi-revisão”. Segundo ele, o Conselho atua mais como um Tribunal hoje do que em tempos passados, além de que sua composição e procedimentos transparecem características judiciais. Outro detalhe importante acerca do modelo francês é o de que a submissão sistemática de projetos de lei ao Conselho Constitucional tende a transformá-lo em um Tribunal de Apelação contra decisões políticas. Após o debate político na Assembleia e no Senado, o Conselho tem a última palavra antes de o projeto se transformar em lei (Koopmans, 2003, p. 74). Outro ponto que deve ser mencionado é o de que a forma indireta com a qual as apelações são feitas produziu o efeito de compelir o próprio Conselho a exercitar “sua imaginação em descobrir que problemas constitucionais o texto poderia dar origem” (Koopmans, *ibidem*).

A possibilidade de a oposição acionar o Conselho, e sua frequente utilização aumentaram a importância política desse órgão, principalmente pelo uso frequente por

partidos políticos de esquerda, geralmente na oposição. Talvez por isso a seleção de membros para o Conselho Constitucional é questão da “alta” política. As indicações são feitas junto aos partidos políticos. O Conselho é composto por nove membros: três são indicados pelo Presidente da República que também designa o Presidente do Conselho, um terço pelo Presidente da Assembleia e outro terço pelo Presidente do Senado. Seus mandatos duram nove anos e não podem ser renovados. Os requisitos para o cargo são aguda sensibilidade política e reconhecida sabedoria. Credenciais legais e experiência não são necessárias, embora até agora os indicados as tenham. Entre os membros encontram-se ex-presidentes da República.

A crescente visibilidade do Conselho em seu papel como “guardião da Constituição” realça as tensões entre visões concorrentes acerca do papel dos tribunais na França. A tradição da civil law minimiza a significância do papel dos tribunais em legislar e assegurar sua total coerência. A maior fonte da jurisprudência é a legislação e seus códigos criados pela Legislatura. Nessa tradição os juristas, e não os juízes, são os guardiões da lei, estudando códigos e leis de forma a entender sua lógica e manter a coerência (Provine & Garapon, 2007).

4.3 O modelo americano e a seleção estratégica

Com 9 juízes, um sistema político bipartidário, um sistema jurídico de *common law* e uma constituição sintética e principiológica, os membros da Suprema Corte americana podem inovar no Ordenamento Jurídico. Portanto, a disputa pela indicação é bastante acirrada. Por serem vitalícios, os juízes geralmente só se aposentam quando o partido que os indicou novamente está na presidência. E para conseguir a aprovação no Senado o Presidente da República traça estratégias para maximizar as chances de aprovar um nome de sua preferência.

Henry J. Abraham (1998, p.67) identifica quatro fatores importantes para a seleção: 1) mérito objetivo; 2) compatibilidade política e ideológica; 3) representatividade na Suprema Corte e 4) amizade pessoal.

No que diz respeito ao mérito objetivo, a seleção dos *Justices* leva em consideração as habilidades e o *background* do candidato, de modo a aferir sua capacidade técnica de enfrentar os complexos assuntos submetidos à análise pela

Suprema Corte. Para o cumprimento deste escopo, o chefe do Executivo considera uma série de variáveis: escolaridade e formação intelectual; competência em determinados temas jurídicos; experiência como advogado, juiz, legislador ou administrador público na esfera executiva; integridade moral; temperamento no exercício da profissão; hábitos de trabalho (Abraham,1998).

O que se chama compatibilidade política e ideológica (Abraham,1998), fator que largamente influencia a nomeação dos *Justices*, envolve a consideração das seguintes variáveis: a) popularidade do nome escolhido entre os grupos de interesse mais influentes; b) a lealdade do escolhido ao partido político do Presidente; c) a probabilidade de o escolhido favorecer o programa e as políticas públicas da Presidência; d) o grau de aceitação do nome escolhido entre os respectivos senadores que irão confirmá-lo; e) o histórico de decisões judiciais coincidentes com a interpretação constitucional adotada pelo Presidente em temas relevantes; f) a existência de débitos políticos do Presidente em relação a serviços prestados anteriormente pelo nomeado; g) a situação de conforto do Presidente em relação ao nome a ser indicado.

Já a representatividade na Suprema Corte caracteriza-se pela busca pelo equilíbrio na representação dos principais grupos de pressão em relação à composição da Corte, com base em religião, geografia, raça ou gênero, de forma a atender interesses que sustentam a base governista (Abraham,1998). Por fim, a amizade pessoal (Abraham,1998), apesar de difícil mensuração, influenciou um relevante número de nomeações, onde se observa que muitos dos indicados a despeito de preencherem as variáveis anteriores, tiveram vantagem no procedimento de indicação por serem pessoas próximas e de confiança do Presidente.

Segundo a análise de Christine L. Nemachek (2007), a maioria dos estudos sobre as nomeações presidenciais para a Suprema Corte norte-americana, todavia, limitam-se, de modo geral, a focar individualmente nas indicações e, posteriormente, na apreciação destas indicações pelo respectivo Parlamento, sem avançar sobre os fatores que contribuem para a decisão final da indicação.

4.4 O modelo brasileiro e a participação da coalizão

No Brasil, o procedimento para indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal é formalmente simples, e possui duas fases. Na primeira o Presidente da República se reúne com seus auxiliares mais próximos capazes de lhe fornecer uma lista de cidadãos que preencham os requisitos constitucionais¹¹. Esse momento é bastante delicado. Comumente é o Ministro da Justiça quem se encarrega de pesquisar os nomes e apontá-los ao Presidente. Nessas circunstâncias as associações de magistrados e a própria Ordem dos Advogados do Brasil endossam nomes que possam representá-los na mais alta corte. De posse desses nomes, o Presidente da República estuda o nome que tem maior probabilidade de ser aprovado pelo Senado, dependendo da formação de sua coalizão (Llanos & Lemos, 2013).

Com o nome já escolhido, inicia-se a segunda fase: o envio de mensagem ao Senado Federal com o nome e o curriculum vitae do escolhido. O nome é levado para apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) onde um relator é designado para proferir seu voto, acolhendo ou não o nome indicado. Após a aprovação do relatório, este se transforma em Parecer da Comissão é votado pelos 81 Senadores.

A tabela a seguir estabelece um comparativo entre os países aqui citados. Dos quatro, o único a ter um órgão alheio ao Judiciário no controle das leis é a França. É importante observar também que, embora o Brasil adote a vitaliciedade, os dados mostrarão mais adiante que a média de permanência no STF é de 15 anos, o que configura de certa forma um mandato.

¹¹ Ter entre 35 e 65 anos de idade, possuir notório saber jurídico e conduta ilibada.

Tabela 1 Modelos de Composição

País	Revisão Constitucional	Membros	Escolha	Mandato	Requisitos
Alemanha	Corte Constitucional (J)	16	8 membros eleitos pela Câmara dos Deputados; 8 membros eleitos pelo Senado; Sessão e votação secretas.	12 anos sem renovação	Seis membros precisam ter atuado em alta corte federa por no mínimo três anos. Os outros dez precisam ser advogados acima dos quarenta anos de idade
França	Conselho Constitucional (A)	9 e ex-presidentes da república	1/3 pelo Presidente da República; 1/3 pelo Presidente da Assembleia; 1/3 pelo Presidente do Senado	9 anos sem renovação	Sensibilidade política e sabedoria
EUA	Suprema Corte (J)	7	Indicados pelo Presidente da República, aprovados por maioria absoluta do Senado	Vitalício	
Brasil	Supremo Tribunal Federal (J)	11	Indicados pelo Presidente da República, aprovados por maioria absoluta do Senado; Sessão aberta e votação secreta.	Vitalício ¹² até os 70 anos de idade	Notório Saber Jurídico e Conduta ilibada

(A) Órgão Administrativo. (J) Órgão Judiciário.

¹² De acordo com os dados analisados no item a seguir, a média de idade dos ministros do STF é de 55 anos. Ou seja, a média do tempo de exercício dos ministros é de 15 anos em virtude da aposentadoria obrigatória aos setenta anos. Informalmente, o modelo brasileiro acabou criando um mandato de 15 anos e sem renovação, uma vez que desde a criação do Supremo Tribunal Federal em 1891, apenas o ministro Francisco Rezek tomou posse duas vezes no Tribunal devido à sua saída no primeiro mandato para exercer o cargo de Juiz na Corte Internacional de Haia, na Holanda.

V. Os Perfis do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: Analisando os dados

Todas as tabelas a seguir são elaboração própria. Os dados foram extraídos dos sites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e analisados no SPSS 19. Em ambos, os dados foram coletados a partir de 1988, ou seja, os ministros que estavam nos tribunais em 1988, mas que tomaram posse antes da data de corte não foram considerados na análise. Essa data foi escolhida não apenas pelo período da redemocratização, mas também por ter sido a data de criação do STJ, que “herdou” os juízes e servidores do antigo Tribunal Federal de Recursos¹³.

Tabela 2 Nomeações por Presidente entre 1988 e 2013

Presidente que nomeou	STF	STJ
José Sarney	13%	11,1%
Fernando Collor	17,4%	11,1%
Itamar Franco	4,3%	4,8%
Fernando Henrique	13%	31,7%
Lula	34,8%	30,2%
Dilma Rousseff	17,4%	11,1%
N	23	63

Os dados da tabela 2 captam a influência que cada Presidente da República teve na composição da corte em 25 anos. Considerando apenas a pessoa do Presidente, Fernando Henrique Cardoso foi o que mais nomeou ministros para o STJ. No caso do STF quem mais nomeou ministros foi o Presidente Lula. Se considerarmos o partido, o PT foi responsável por 52,2% do STF e 41,3% do STJ.

Tabela 3 Idade e Experiência em Anos

	STF	STJ
Mais novo	42	44
Mais antigo	65	64
Média da Idade	55,09 (7,2)	54,46 (5,7)
Menos experiente	11	20
Mais experiente	42	40
Média da Experiência profissional	30,7 (8,2)	30,56 (5,1)
N	23	63

Desvio padrão entre parênteses

¹³ Antes da Constituição de 1988, não havia os cinco Tribunais Regionais Federais (TRF). A segunda instância da justiça federal era exercida pelo Tribunal Federal de Recursos (TFR), cuja sede ficava em Brasília. Com a criação dos TRFs, o TFR foi transformado no STJ. As competências do TFR passaram aos TRFs e o STJ passou a ter um desenho institucional exclusivo, como sendo a última instância para assuntos infraconstitucionais.

A tabela 3 capta a experiência profissional e a experiência de vida em anos dos ministros de cada tribunal. A média de idade à época da posse é praticamente a mesma em ambos os tribunais. As idades do ministro mais novo a tomar posse bem como o mais antigo também são parecidas. A diferença é encontrada na experiência profissional. No STF o ministro com menor tempo de carreira a tomar posse foi Dias Toffoli, nomeado por Lula com 11 anos de experiência profissional e 42 anos de idade.

No STJ Cesar Asfor Rocha foi nomeado por Collor com 44 anos de idade e 20 anos de experiência profissional. As médias do tempo de experiência profissional também são praticamente as mesmas. Na prática os ministros permanecem no STF e no STJ por no máximo 15 anos em média, descaracterizando a vitaliciedade e configurando um mandato fixo informal.

Tabela 4 Início de Carreira

Cargo Inicial	STF (%)	STJ (%)
Advogado	11 (47,82)	19 (30,1)
Magistrado	5 (21,73)	37 (58,7)
Membro do MP	7 (30,43)	7 (11,1)
N	23	63

A variável da tabela 4 foi coletada a partir do início de carreira de cada ministro. O objetivo da mensuração é captar o número de advogados, magistrados e membros do Ministério Público em ambas as cortes. De acordo com a Constituição Federal, o STJ deve ser composto em 66,66% de magistrados e 33,33% dentre advogados e membros do Ministério Público (MP)¹⁴.

Ou seja, o número de advogados no STF não deveria exceder 16,66%. O número elevado de advogados (30,1%) no STJ se deve ao fato de que muitos advogados ingressam nos tribunais de segunda instância pela via do quinto constitucional e de lá ingressam no STJ pela cota de 66,66% dos magistrados. Se consideramos magistrados apenas os que ingressaram pela via de concurso público, os resultados são os acima dispostos: Magistrados de carreira respondem por 58,7% enquanto que advogados respondem por 30,1.

¹⁴ Observar a tabela 6

Atualmente hoje no STJ há 8 advogados pelo quinto constitucional no STJ e 7 membros do MP, 12,69 e 11,1% respectivamente. Ou seja, dos 19 advogados no STJ, 8 ingressaram pelo quinto constitucional diretamente no STJ e 11 ingressaram pelo quinto constitucional “indireto”, ou seja, nos tribunais inferiores.

Para corrigir essa distorção a Associação dos Magistrados do Brasil – AMB ingressou no STF com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4078 objetivando impedir que magistrados do quinto constitucional dos tribunais inferiores ingressassem no STJ pelas vagas destinadas aos magistrados. Entretanto, por maioria o STF julgou improcedente a argumentação dos magistrados.

Porém, a elevação do número de advogados no STJ reforça nosso argumento de que o STF e o STJ possuem perfis bastante parecidos. Os dados acima também evidenciam que, apesar da liberdade de que goza o Presidente da República para nomear os ministros do STF, 52,16% dos ministros foram egressos da magistratura de carreira e do Ministério Público. Nesse sentido, pode-se arriscar dizer que, para evitar constrangimentos nas sabatinas, os presidentes escolheram juristas da própria burocracia para reforçar o notável saber jurídico e a conduta ilibada.

Tabela 5 Titulação dos Ministros

Titulação	STF (%)	STJ (%)
Bacharelado	4 (17,39)	18 (28,6)
Especialização	2 (8,69)	13 (20,6)
Mestrado	1 (4,34)	10 (15,9)
Doutorado	3 (13)	4 (6,3)
Professor ou Livre-Docente	13 (56,52)	18 (26,6)
N	23	63

Os dados da tabela 5 evidenciam que o STF tem um perfil mais intelectual com 69,52% dos seus membros com Doutorado ou Livre-Docência. O STJ, em contraste, tem 32,9% de seus membros com o mesmo perfil.

Tabela 6 Rede Judicial

Último cargo exercido	STF (%)	STJ (%)
Juiz de TRF	1 (4,34)	19 (30,2)
Desembargador (TJ)	1 (4,34)	29 (46)
Quinto MP	1 (4,34)*	7 (11,1)
Quinto OAB	1 (4,34)*	8 (12,7)
Ministro do TST	2 (8,69)	--

Ministro do STJ	5 (21,73)	--
Ministro de Estado	3 (13)	--
Advogado Geral da União	2 (8,69)	--
Advogado de Partido Político	1 (4,34)	--
Conselheiro Federal da OAB	1 (4,34)	--
Procurador-Geral da República	1 (4,34)	--
Consultor-Geral da União	1 (4,34)	--
Professor de Universidade Pública	2 (8,69)	--
Cargo não eletivo	1 (4,34)	--
N	23	63

* Como não existe o instituto do quinto constitucional para o Supremo, esses dados revelam Ministros que eram advogados e membros do Ministério Público antes de terem sido nomeados.

A tabela 6 evidencia que o STF tem um perfil mais político do que o STJ em virtude do último cargo exercido por seus membros. Note-se que a rede em torno do STF é bem mais ampla do que a do STJ, transformando a Suprema Corte em um tribunal mais adequado para discutir questões políticas.

Tabela 7 Representatividade

Região	STF	BRASIL***	STJ
Norte	4,34%	8,41%	3,2%
Nordeste	8,69%	27,36%	28,6%
Centro-Oeste	4,34%	7,43%	1,6%
Sudeste	60,86%	41,65%	44,4%
Sul	21,73%	14,26%	20,63%
Naturalizado*	--	--	1,6%
Total**	99,96	99,11	100,3

* Para ingresso no STF é necessário ser brasileiro nato.

** Os valores não fecham em 100 devido ao arredondamento.

*** Valores percentuais das populações das cinco regiões com base nas estimativas do IBGE para 2012.

Na tabela 7 foram comparados o percentual de ministros egressos das cinco regiões políticas do país. O tribunal que se mostrou mais equilibrado foi o STJ, cujos percentuais ficaram bem próximos aos da estimativa populacional. O STF demonstra um claro viés pelas regiões Sudeste e Sul. Já no STJ, após a região Sudeste, o Nordeste forma o maior contingente de ministros.

Tabela 8 Alma Mater

Universidade	STF	STJ
USP	8,69%	12,7%
UFPE	0	4,8%
UERJ/UFRJ/UFF	17,39%	14,3%
PUC (RS/MG/RJ)	30,43%	15,9%
UFMG	17,39%	7,93%

UFSC	0	4,8
UFBA	0	4,76%
UFPR	0	3,2%
UFC	0	7,93%
UnB	8,69%	3,17
Demais Federais	4,34%	10%
Outras IES	13,04%	9,52%
Total*	99,97	99,01

* Devido ao arredondamento a soma dos percentuais não totaliza em 100.

A tabela 8 traça o perfil de formação jurídica dos ministros de cada tribunal. No STJ as instituições dominantes são as Católicas (PUC-RS, PUC-Minas e PUC-Rio), as do Rio (UFF, UFRJ e UERJ) e a USP. O perfil dos ministros do STF é praticamente o mesmo, exceto pela UFMG que superou a USP em 8,7 pontos percentuais. Embora o STF tenha sido formado por quase um terço de ministros egressos de instituições católicas, decisões recentes como permissão do aborto de feto anencéfalo, reconhecimento da união homoafetiva liberação de pesquisas com células tronco evidenciam que a alma mater não tem peso em questões de grande magnitude.

Tabela 9 Atuação por Ramos Jurídicos

Área de Atuação	STF (%)	STJ (%)
Direito Constitucional	13 (55,52)	0
Direito Processual Civil	4 (17,39)	10 (15,9)
Direito Civil	2 (8,69)	1 (1,59)
Direito do Trabalho	2 (8,69)	4 (6,34)
Direito Penal/Processo Penal	0	1 (1,59)
Direito Econômico/Internacional	2 (8,69)	1 (1,59)
Direito Empresarial	0	3 (4,76)
Direito Eleitoral	0	1 (1,59)
Geral	0	42 (66,66)
N	23 (98,98)	63 (100,02)

A tabela 9 é bastante intuitiva. Era de se esperar que a maior parte dos ministros do STF fosse constitucionalista. O que impressiona é a falta de definição de área específica nos currículos dos ministros do STJ. Lá dois terços dos ministros não declaram ser especialista em uma área do Direito. Isso evidencia que o STJ tem mais perfil de tribunal, enquanto que o STF se configura mais como uma Corte Constitucional.

Por fim, em relação ao recorte de gênero, pode-se observar, a partir da tabela 10, abaixo, que a proporção de mulheres em ambos os tribunais é praticamente a mesma, embora haja um déficit de representação feminina nas duas mais altas cortes do país.

Tabela 10 Padrão de Gênero

Gênero	STF	STJ
Masculino	87%	88,9%
Feminino	13%	11,1%

Conclusão

Parece inafastável, a essa altura, o argumento acerca da centralidade do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do processo de conformação do escopo e do sentido do direito e dos contornos da comunidade política e da cidadania, designadamente pela sua competência em face da revisão constitucional de leis e atos normativos. Daí a relevância de se proceder à análise crítica do processo de composição da Corte, tematizando os elementos políticos do processo de recrutamento que, atualmente, é marcado por tênues orientações normativas constitucionais, as quais frequentemente induzem práticas pouco transparentes, imersas em uma correlação de forças pouco democráticas, obscurecidas, em grande medida, pelo discurso da legitimação pela neutralidade.

A maioria dos regimes democráticos conta com alguma forma de controle externo ou de revisão judicial das leis, assente na pressuposição da superioridade da Constituição em relação à legislação produzida pelo Parlamento. Contudo, a constitucionalização dos regimes políticos não obedeceu a processos homogêneos de incorporação da revisão constitucional ou judicial das leis. O Brasil, exemplarmente, figuraria dentre os países de “transição singular”, induzida pela redemocratização a partir dos anos de 1970 (Hirschl, 2004).

A transferência de autoridade das instituições políticas representativas para o judiciário e/ou cortes constitucionais, que subjaz o fenômeno, conformou uma agenda de pesquisa que, em parte, tende a atribuir sentido positivo a essa transferência, compreendida no âmbito de um processo de aperfeiçoamento das democracias. Contudo, essa é uma questão que deve ser problematizada no sentido de se ter em conta a interação estratégica entre elites interessadas em se proteger de incertezas futuras, diante do momento constituinte, enquanto importante condicionante das escolhas referentes ao escopo e grau de acesso da revisão judicial das leis (Knigh, 2001), o que

inclui, fundamentalmente, as bases normativas do processo de composição das Cortes Constitucionais.

Ademais, deve-se ter em conta que o STF se situa no ponto em que confluem as funções de revisão judicial e de controle de constitucionalidade das leis, o que lhe confere, por um lado, enorme protagonismo na conformação do escopo e do sentido da cidadania, mas, por outro lado, induz uma indefinição acerca de sua natureza institucional, que impacta o processo de seleção dos ministros. Isso porque inspirado no modelo europeu, o STF faz vezes de corte constitucional ao atuar no controle (concentrado) de constitucionalidade das leis, o que poderia situá-lo num ponto independente dos três poderes, mas, por outro lado, por operar na revisão judicial, que remete à tradição norte-americana, ele se inclui dentre os órgãos do poder judiciário – a mais alta instância, aliás – com competências revisionais em matéria constitucional. Nesse quadrante, o STF só se destaca como *guardião da constituição* pela força vinculante de suas decisões, geralmente em sede de Recurso Extraordinário (REExt), e tende a assentar sua legitimidade na neutralidade política de suas atuação, nos mais estritos termos liberais.

Nesse ponto é necessário considerar o alto nível de hierarquização da elite judicial, tal qual denota uma simples visada sobre as biografias dos juristas que ascendem às posições de destaque no campo jurídico, para que se torne evidente o controle hermenêutico que as altas cortes exercem sobre os escalões inferiores do judiciário, onde o choque das contradições entre o sistema jurídico-positivo e as condições reais da sociedade é particularmente sentido. José Eduardo Faria (1992) observa que, no Brasil, a obsessão pelos ritos e procedimentos formais, presente nas cúpulas do poder judiciário, as quais controlam a ascensão profissional das bases, gerou (e quiçá ainda gera) resistência às interpretações *praeter legem* no plano dos direitos humanos, os quais ganharam uma dimensão social desde a promulgação da Constituição da República de 1988.

Nota-se que, para ascender à cúpula judicial, o domínio da *expertise* jurídica, relacionada à ideia de profissionalização e mesmo ao *ethos* presente na concepção da magistratura enquanto carreira de Estado, não é suficiente. Evidencia-se, a partir dos trajetos profissionais e políticos comparados, a importância de duas formas de capital

político. A primeira relacionada ao associativismo e à presença como “notável” em conselhos, e a segunda à ocupação de cargos de confiança privativos de bacharéis em Direito no âmbito de esferas de governo e administração política. Essas duas formas de capital político, que geram lealdade e reciprocidades entre governantes e juristas, parecem fundamentais na ascensão à posição de elite judicial (Engelmann, 2013).

Em segundo lugar é preciso observar a fundamental importância da análise acerca das relações de solidariedade entre as elites judiciais e as elites políticas e parlamentares na compreensão do exercício do poder.

Por outro lado, deve-se ter em conta a tradição de divisão de poderes no Brasil para que se possa compreender o protagonismo do Executivo também no âmbito do processo de composição do STF. É fato que raramente o Senado impõe uma sabatina realmente pública e transparente aos indicados pelo Presidente da República, configurando, na maior parte das vezes, mero “rito de passagem”, onde o requisito constitucional de “notável saber jurídico e reputação ilibada” é visto como apenas uma “formalidade” a ser cumprida. Os dados também mostram que mais de 50% dos ministros do STF são juízes de carreira ou membros do Ministério Público, o que evidencia uma estratégia de ludibriar esses dois requisitos formais, já que questioná-los seria o mesmo que dizer que o método de recrutamento via concurso público não seleciona os mais notáveis nem os mais ilibados. Em outros termos, a tradição brasileira reduziu o papel constitucional do Senado, fazendo com que o Executivo sonde a possibilidade de aprovação no nome de sua preferência dentre os senadores da coalizão (Lemos & Llanos, 2013). Assim, o Senado dá apenas seu aval formal ou sua chancela ao ato discricionário de escolha do Presidente da República.

Em toda a história republicana, apenas cinco indicações foram rejeitadas pelos senadores, todas durante os embates travados no decorrer do período de Floriano Peixoto, sendo o caso mais famoso a rejeição da indicação do médico e abolicionista Barata Ribeiro. Ademais, não por acaso os Presidentes que mais nomearam Ministros do Supremo Tribunal Federal foram Getúlio Vargas (21), Deodoro da Fonseca (15) e Floriano Peixoto (15), todos embebidos em tradições de um predomínio do Executivo sobre os demais poderes. Confrontando com as indicações para a Suprema Corte dos Estados Unidos, onde o procedimento é similar ao brasileiro, verificamos que desde que

a *Supreme Court* foi estabelecida em 1789, foram submetidas aproximadamente 150 indicações presidenciais, incluindo aquelas para a função de *Chief Justice*, sendo que 124 foram confirmadas e 12 rejeitadas pelo Senado (as demais indicações foram “retiradas” antes da audiência formal diante dos senadores, ou adiadas e postergadas a outro momento, entre outras circunstâncias).

A diferença que surge da comparação entre o procedimento de indicação executiva e aferição do Senado nos Estados Unidos e no Brasil não é tanto quantitativa, quanto qualitativa, pois, além do fato de que tradicionalmente os debates travados em torno das indicações à Suprema Corte são muito mais profundos, com explicitação pública das posições assumidas sobre temas controversos (aborto, eutanásia, imigração, entre outros), com ampla participação da imprensa, de setores do pensamento universitário e de organismos da sociedade civil, uma análise mais detalhada dos dados demonstra que as “rejeições” nos Estados Unidos são verificadas em vários momentos de sua história, até mesmo durante o período de figuras presidenciais de forte apelo popular, desde Washington, Madison, Adams, até, por exemplo, Nixon e Reagan, refletindo uma concepção de exercício e separação de poderes diversa da brasileira, sendo a norte-americana influenciada por um federalismo mais forte, onde o Senado não endossa, previamente, todas as propostas encaminhadas pelo Poder Executivo da União.

Por outro lado, é preciso reconhecer que, recentemente, algumas medidas buscam dar maior publicidade ao processo de indicação dos ministros do STF no Brasil, a exemplo da transmissão pela TV Senado das sabinas e debates ali travados sobre as indicações do Presidente da República, conjuntamente com o papel desempenhado pela TV Justiça. Destaquem-se, ainda, os inúmeros meios de participação e discussão pelas redes sociais, além de uma cobertura mais ampla por parte de alguns órgãos da imprensa, que têm potencializado a transparência, explicitando posições e politizando os debates sobre os nomes que estão sendo indicados para os diversos órgãos e instituições que o nosso texto constitucional exige a aprovação do Senado, como forma de efetivar estas mesmas indicações do Poder Executivo.

De fato, a forma como ocorrem as indicações e nomeações aos Tribunais Supremos e/ou Cortes Constitucionais é um assunto cada vez mais recorrente nos debates sobre participação, publicidade e transparência nos procedimentos e nas práticas

decisórias do judiciário. Pressupõe-se que a análise do modo como se configura, na prática, o processo de composição de tais tribunais pode auxiliar na compreensão do porquê certos argumentos jurídicos ou “precedentes” possuem mais força vinculante do que outros, por exemplo, no que tange à amplitude normativa dos direitos fundamentais.

No Brasil temos assistido algumas propostas de emenda constitucional que procuram alterar o modo como as Cortes Superiores são formadas (exemplarmente as PECs 68/2005 e 30/2008). Alguns juristas de renome também já se posicionaram a respeito do tema, como é o caso de Fábio Konder Comparato, que argumenta que o sistema de indicação, nomeação e de atribuições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é, historicamente, falho e pouco democrático, propondo a transformação do STF em uma típica Corte Constitucional, cujos membros seriam indicados a partir de listas tríplexes oriundas da Magistratura, da Ordem dos Advogados e do Ministério Público e, após aprovação por maioria absoluta das duas casas legislativas federais, nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional.

Muitos juristas ao criticarem a forma de composição do STF, sugerem a adoção do modelo do Superior Tribunal de Justiça, formado majoritariamente por juízes de carreira e a adoção de mandatos e idade mínima maior aos ministros da Suprema Corte brasileira. Com base nos dados, importar o modelo do STJ para o STF seria inócuo por cinco motivos: primeiro, porque a proporção de advogados no STF e STJ não é tão dispare devido ao quinto constitucional permitir que juízes de TRFs e TJs ascendam ao STJ sem ser magistrados de carreira; segundo por que, ao relacionarmos a média das idades dos ministros do STF e o limite da aposentadoria compulsória, teremos uma média de permanência de 15 anos na corte, o que configura informalmente um mandato; terceiro porque a dinâmica do recrutamento dos tribunais inferiores e o tipo de atuação jurisdicional não produz constitucionalistas, pelo contrário, a maior parte dos ministros do STJ tem formação generalista ou processualista; quarto, porque a dinâmica do STF leva em conta a possibilidade de nomeações políticas, já que a Suprema Corte decide questões de natureza política, enquanto que no STJ verifica-se uma elite jurídica mais corporativa, capitaneadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e a Associação dos Juízes Federais – AJUFE; quinto, porque dar à magistratura mais poder político de forma a escolher os membros da mais alta corte, enviesaria a democracia brasileira colocando próxima a uma tecnocracia. A participação de poderes eleitos para

juntos decidirem a composição ainda é mais democrático que transformar esse mecanismo em um procedimento endógeno. Ainda, conta a favor do STJ uma maior representação regional, com juristas oriundos de um leque mais amplo de universidades. Entretanto, ambos precisam dar mais espaço às mulheres.

Bibliografia

- ABRAHAM, Henry J. *The judicial process*. Oxford: Oxford University Press, 1998
- ARANTES, Rogério. Cortes Constitucionais. In AVRITZER, Leonardo, BIGNOTTO, Newton, FILGUEIRAS, Fernando, GUIMARÃES, Juarez, STARLING, Heloísa. *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 195-206.
- CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: Aspectos Relevantes de sua Gênese e Desenvolvimento. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 28, p. 161-179, 2007.
- FILGUEIRAS, Fernando; MARONA, Marjorie. A corrupção, o judiciário e a cultura política no Brasil democrático. In BIASON, Rita de Cássia (Org). *Temas de Corrupção Política*. São Paulo: Balão Editorial, 2012, pp. 99-136.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Harvard University Press, 2004.
- KOOPMANS, Tim. *Courts and Political Institutions*. Cambridge University Press, 2003.
- LANDFRIED, Christine. The Selection Process of Constitutional Court Judges in Germany. In MALLESSON, Kate, RUSSELL, Peter H. *Appointing Judges in an Age of Judicial Power*. University of Toronto Press, 2007
- LIJPHART, Arend. *Patterns of Democracy*. Second Edition (Kindle Version). Yale: University Press, 2012.
- LLANOS, Mariana, LEMOS, Leany Barreiro. Presidential Preferences? The Supreme Federal Tribunal Nominations in Democratic Brazil. *Latin American Politics and Society*, j.1548-2456.2013.00194.x, 2013.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003.

NEMACHECK, Christine. Strategic Selection: Presidential Nomination of Supreme Court Justices from Herbert Hoover through George W. Bush. University of Virginia Press, 2007

PROVINE, Doris Marie, GARAPON, Antoine. The Selection of Judges in France: Searching for a New Legitimacy. *In* MALLESSON, Kate, RUSSELL, Peter H. Appointing Judges in an Age of Judicial Power. University of Toronto Press, 2007

ROSANVALLON, Pierre. La Legitimidad Democrática: imparcialidad, reflexividade, proximidade. Buenos Aires: Manantial, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes (Org). Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português. Afrontamento: Porto, 1996.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.