

FORTALECENDO O GUARDIÃO DOS DIREITOS? O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS POSSIBILIDADES DE REFORMA DO SISTEMA DE NOMEAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MANDATOS

Leonardo Florencio de Carvalho

Mestrando em Direito Constitucional pela PUC-SP

Chefe de Gabinete da Reitoria da PUC-SP

Advogado

leonardo.fcarvalho13@gmail.com

ORCID: //orcid.org/0009-0001-4069-2166

SUMÁRIO: *Introdução. 2 Estado atual do STF: ‘Contempt of Court’ e Propostas de Reforma. 3 As Propostas de Reforma e seus (Possíveis) Impactos à Impessoalidade da Escolha dos Ministros e à Estabilidade Institucional e Funcional da Corte. 3.1 Impessoalidade na Escolha. 3.2 A Estabilidade Institucional e Funcional da Corte. 4 A Impessoalidade na Nomeação e a Estabilidade Institucional e Funcional nas Cortes Constitucionais de Alemanha e África do Sul. 4.1 Alemanha. 4.2 África do Sul. Considerações Finais. Referências.*

RESUMO: As Cortes Constitucionais do segundo pós-Guerra passaram a desempenhar o papel de muros de proteção da democracia e dos direitos humanos contra o arbítrio do poder político. Depreende-se dessa constatação a importância de se aperfeiçoar, constantemente, o desenho institucional desses tribunais - que, recentemente, tornaram-se alvos de parte relevante das forças políticas nacionais de ultradireita. Nesse contexto, examinou-se 3 PEC's em trâmite no Senado Federal Brasileiro que pretendem reformar o Supremo Tribunal Federal. Especificamente, tais propostas visam alterar o sistema de nomeação dos ministros e extinguir a vitaliciedade de seus cargos. O objetivo desse exame foi o de conferir se os argumentos lançados nas propostas de que tais mudanças iriam promover uma maior impessoalidade na escolha dos ministros e robustecer a estabilidade institucional e funcional da Corte são, de fato, válidos. Para tanto, eleger-se o método do direito comparado, investigando-se os modelos de corte constitucional da Alemanha e da África do Sul. Fixou-se parâmetros para a aferição da impessoalidade e da estabilidade. As investigações apontaram que, no modelo alemão, efetivou-se um processo de nomeação pouco impessoal, apesar de o Tribunal possuir uma notável estabilidade; já no modelo sul-africano, constatou-se que o regime pós-apartheid foi capaz de edificar um sistema de nomeação expressivamente impessoal e uma Corte Constitucional que, apesar das instabilidades do país, vem sendo capaz de se manter estável. A bibliografia utilizada foi ampla, recorrendo-se desde a autores obstinados à pesquisa sobre o autoritarismo, até a autores celebrados no âmbito da teoria do direito e do direito constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Nomeação. Mandatos. Impessoalidade. Estabilidade.

STRENGTHENING THE GUARDIAN OF RIGHTS? THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE REFORM POSSIBILITIES OF THE NOMINATION PROCESS AND TERM LIMITS IMPOSITION

ABSTRACT: Constitutional Courts of the second post-war turned into democracy and human rights' protective walls against the will of the political power. It follows from this observation the importance of constantly improving the institutional arrangements of those high courts - that, recently, became targets of relevant ultra-right national political wings. In this context, 3 constitutional amendment proposals, pending in the Brazilian Federal Senate, directed to reform the Supreme Federal Court were examined. Specifically, the proposed amendments seek to change the minister's nomination process and extinguish lifetime appointments. The goal of this study was to check if the proposed amendments' arguments that they would guarantee a more impersonal candidate selection by the President and, also, improve the Court's institutional and functional stability are, in fact, correct. To do so, comparative law method was chosen, being Germany and South Africa's constitutional courts models properly analyzed. Criteria to measure impersonality and stability were stipulated. The examinations showed that the nomination process has not been very impersonal in Germany's system, despite its Constitutional Court having a remarkable stability. In South Africa, it was found that the post-apartheid regime managed to build a Justices' nomination process extremely impersonal and a Constitutional Court that, despite the country's instability, has been pretty firm. A broad bibliography was utilized, ranging from authors that study the authoritarianism's theme to remarkable legal theory and constitutional law scholars.

KEYWORDS: Supreme Federal Court, Nomination process. Term limits. Impersonality. Stability.

INTRODUÇÃO

Parece ser consenso, entre os pensadores das mais diversas áreas, que o segundo pós-Guerra é um marco importante da reflexão sobre os direitos humanos¹. A ascensão do nacional-socialismo de Hitler ao poder da Alemanha, no interior de uma pretensa democracia universal europeia, ambicionada, em tese, à proteção dos direitos, colocou em xeque uma série de conceitos até então muito estimados, como a crença inabalável na democracia majoritária e o positivismo comtiano².

Em um contexto histórico em que se buscava *generalizar* os direitos humanos, alargando o que se entendia por *cidadão*, na direção de alcançar, além dos homens, brancos e detentores de propriedades, as mulheres, os negros e os trabalhadores³, surgiram com enorme sucesso, inesperadamente, o nazismo e o fascismo, interrompendo-se, no caso alemão, o projeto civilizatório da Constituição de Weimar.

¹ Por todos, ver BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 5. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 190.

² CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 346 - 347

³ LAFER, Celso. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: LTC, 2020, p. 11

No campo do direito constitucional, Carl Schmitt é sempre lembrando como sendo, provavelmente, o jurista mais influente do regime nazista, tendo defendido, com grande repercussão, a *decisão política* como sendo a essência da Constituição e do próprio direito⁴ e postulando que “a ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma”⁵. Sua tese, viabilizadora, na esfera jurídica, do 3º Reich, de que os direitos seriam uma boa forma de gerir os povos em tempos de paz, mas passíveis de suspensão em tempos de necessidade estatal, sempre identificada e anunciada a critério do soberano, que interpreta, ao final, a ordem jurídica, é uma demonstração clara de que a teoria schmittiana sobrepõe a política aos direitos⁶.

Com a superação do profundo drama existencial carreado pelos nacional-socialismo, foi preciso edificar um novo plexo de teses que protegessem os direitos de futuras experiências como a dos anos 30 e 40. É nesse sentido que aponta Bobbio ao dizer que, após a Segunda Guerra, “o problema grave [...], com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”, ou seja, “o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político”⁷. O resultado histórico desse esforço jurídico-político pode ser, sinteticamente, simbolizado pela positivação das constituições rígidas⁸.

As novas constituições são, do ponto de vista formal, um conjunto de normas hierarquicamente superior às demais normas dos seus respectivos sistemas, sendo que a alteração de seus textos é substancialmente mais difícil do que a alteração de outras leis, de caráter ordinário. Já do ponto de vista material, as cartas introduzem 2 modais deônticos voltados aos políticos: o modal *do proibido* em relação aos direitos de liberdade, limitando a atividade legislativa; e o modal do *obrigatório* em relação aos direitos sociais, que deveriam ser observados como os demais direitos.

Percebeu-se que, por vezes, as decisões majoritárias podem levar a civilização à barbárie e, portanto, a democracia, nesse novo contexto, não poderia mais degenerar-se em ditadura da

⁴ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenador e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.7.

⁵ Ibid., p. 10.

⁶ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. Politética. *Revista de Ética e Filosofia Política*, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020, p. 102 – 103.

⁷ BOBBIO, Norberto. Presente e futuro dos direitos do homem. In: _____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: LTC, 2020. p. 25.

⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 5, p. 9-44, 2001.

maioria⁹. É dizer: as conveniências políticas de cada momento não são mais expressões legítimas para restringir, suspender ou extinguir os direitos.

Em suma, as constituições rígidas do segundo pós-Guerra transportaram os direitos do campo da moral política para assumirem o lugar de comandos normativos, vinculantes e diretamente aplicáveis pelos tribunais¹⁰.

Os tribunais, especialmente os tribunais constitucionais, adquirem, neste direito do segundo pós-Guerra, o papel de guardiões dos direitos e da constituição, controlando, como intérpretes finais da ordem jurídica, os atos dos poderes legislativo e executivo. Nesse sentido, descreveu a Professora Titular da Universidade de Salamanca, Ángela Burrieza:

[O intérprete final dos “valores constitucionalmente reconhecidos”] Tem que ser uma instância que decida com a maior objetividade e autoridade possível se, num determinado conflito, esses valores ficaram ilesos ou não, e, em tal caso, ordenar que se restabeleça a paz perturbada. [...] Na Europa, atualmente, considera-se que essa função tão cheia de responsabilidade, assim que suporta a interpretação da Constituição e a proteção de seu sistema de valores, deve ser encomendada a uma instância especializada, formada por pessoas de creditada experiência em questões jurídicas e na prática constitucional. Esses órgãos recebem o nome de Tribunais Constitucionais e se consideram os supremos, mas não únicos, intérpretes constitucionais. São os órgãos de fechamento do sistema jurídico-político que as Constituições configuram e supõem a culminação do Estado de Direito.¹¹

A partir do contexto delineado, pode-se extrair a conclusão de que qualquer reforma da Corte Suprema pode gerar repercussões (positivas ou negativas) sobre o sistema institucional de proteção dos direitos fundamentais. Daí porque, neste artigo, examinaremos a situação atual do Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil, e as mais relevantes intenções de reformá-lo em trâmite, atualmente, no Congresso Nacional.

Mais especificamente, serão escrutinadas três Propostas de Emenda à Constituição (PECs), em deliberação no Senado Federal, que buscam alterar, de modo geral, duas lógicas relevantes à Corte presentes no Artigo 101 da Constituição Federal: a primeira, **o sistema de indicação e nomeação dos Juízes Constitucionais**¹², hoje competência privativa do Presidente da República que pode, respeitadas condições pouco restritivas, nomear à apreciação do Senado Federal o indivíduo que desejar; e a segunda, a característica de **vitaliciedade do cargo** de

⁹ BOBBIO, Norberto. A tirania da maioria. In: _____. Liberalismo e Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 60.

¹⁰ BURRIEZA, Ángela Figueruelo. Novas tendências do Direito Constitucional na Europa. Tradução de Maria Auxiliadora Castro e Camargo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 44, n. 174, p. 73-95, 2007, p. 79.

¹¹ Ibid., p. 81.

¹² O desenho institucional que se busca implementar através dessa reforma do *sistema de nomeação* dos Ministros do STF varia em cada uma das Propostas de Emenda à Constituição discutidas neste trabalho, mas, a título de exemplo, cita-se a ideia de restringir a escolha do Presidente da República a um dos nomes de uma *lista tríplice*, a ser formulada por escolha do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e do próprio STF (cada nome indicado por um deles, formando-se, assim, a *lista tríplice*).

Ministro do Supremo Tribunal, restrita, apenas, à aposentadoria voluntária ou compulsória — esta última aos 75 anos de idade —, inserindo na Carta a regra de mandatos aos juízes da Corte.

Buscaremos examinar o conteúdo e a justificativa das referidas PECs apresentadas para, então, analisando precedentes internacionais, responder se tais mudanças implicariam (*i.*) em maior impessoalidade no processo de escolha dos Ministros e (*ii.*) em um aperfeiçoamento da estabilidade institucional e funcional da Corte.

Após uma breve discussão sobre o estado atual do STF, serão fixados os conceitos e os parâmetros de aferição da *impessoalidade na escolha dos Ministros* e da *estabilidade institucional e funcional da Corte*. Estes parâmetros servirão como critérios para apurar a *impessoalidade na escolha* e a *estabilidade* atuais da Corte brasileira. Em seguida, os mesmos critérios servirão ao exame do Tribunal Constitucional Federal Alemão e da Corte Constitucional da África do Sul — que adotam o instrumento dos mandatos e/ou das listas limitantes da discricionariedade do *agente nomeante* na escolha dos juízes.

O objetivo final é o de conferir mais rigor às atuais intenções de reforma do STF: essas PECs poderão acarretar efeitos positivos ao sistema de proteção dos direitos fundamentais através do aperfeiçoamento institucional da Corte?

2 ESTADO ATUAL DO STF: *CONTEMPT OF COURT* E PROPOSTAS DE REFORMA

No Brasil, a influência do direito do segundo pós-Guerra é representada pela promulgação da Constituição Federal de 1988¹³, em que, tal qual fez o constituinte europeu em inúmeros países, instituiu-se um tribunal constitucional incumbido da missão de guardar, por último, os direitos (CF/88, artigo 102)¹⁴.

De 1988 para cá, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou de “esse outro desconhecido” da vida nacional, como classificou o Ministro baiano Aliomar Baleeiro¹⁵, para um agente importante da rotina do país. O processo de assenhoreamento do STF em relação às suas competências constitucionais estipuladas na Carta de 1988, entretanto, fez com que o Tribunal passasse a ser, também, objeto constante da opinião pública.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 101. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo W.; _____. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2.864.

¹⁴ Ibid., p. 2.870.

¹⁵ BALEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Forense, 1968.

Esse novo papel de protagonista que o Poder Judiciário como um todo, mas mais incisivamente o STF, ganhou, notadamente na última década e meia, é facilmente perceptível em momentos de destaque deste período da vida nacional.

A exemplo disso, tem-se o assim conhecido “Mensalão” e uma série de julgamentos por ampliação de garantias e direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal, como o reconhecimento da união homoafetiva ou como a consideração da homofobia e da transfobia como crimes de racismo, a “Operação Lava Jato” e, mais recentemente, o chamado inquérito das “fake news” e os atritos com o Poder Executivo durante a gestão do Presidente Bolsonaro – que, deliberadamente, adotou os ataques e manifestações de desdém em relação à Corte como parte de sua retórica política.

Parece ser claro, também, um certo estado de crise das esferas institucionais tradicionais em todo mundo, simbolizado, por exemplo, pelo soerguimento de teses de ultradireita em uma série de países, como se examina nas obras “Ruptura: a crise da democracia liberal”¹⁶ e “Como as Democracias Morrem”¹⁷.

Nesse contexto, os ânimos sociais no Brasil, ainda mais tensionados por uma crise econômica sem precedentes e por uma acentuada polarização política, chocam-se, não raramente, com o cotidiano da Corte Constitucional do país. Infelizmente, há alguns anos, bandeiras de desprezo pelo STF exacerbaram as fronteiras democráticas e divulgam, sem constrangimento, pensamentos contrários à democracia e manifestações agressivas contra o Tribunal e seus membros.

Lênio Luiz Streck, grande constitucionalista brasileiro, defende que o Supremo está em *contempt of court*. Em suas palavras:

Quem protege o STF de ataques? Como enfrentar *Contempt of Court* no Brasil?

É muito fácil criticar quando o Supremo tenta proteger a si próprio. Mas se uma democracia exige elementos que nos guardem dos guardiões — e sempre defendi que a doutrina assumisse esse papel —, ela também exige que os protetores sejam protegidos.

Quem protege o Supremo quando ele é alvo de uma campanha tão grave e difusa quanto a que está em curso? Eis a questão.¹⁸

A constatação de que o Supremo está em *contempt of court* agrava ainda mais a tarefa de se constranger epistemologicamente, com máximo rigor, toda e qualquer intenção de reforma apressada da Corte.

¹⁶ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2018.

¹⁷ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

¹⁸ STRECK, Lenio. *O STF sendo atacado e o MP fica arrumando o Van Gogh da parede*. **Portal Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-abr-25/senso-incomum-stf-sendo-atacado-mp-fica-arrumando-van-goghparede>

Fato é que, como se espera em um regime democrático, esses ventos de insatisfação — *alguns* deles com certa legitimidade, questionando problemas institucionais relevantes, e *muitos outros* resumidos ao golpismo rasteiro — chegaram ao Parlamento Nacional e, filtrados pela dinâmica própria do Poder Legislativo, traduziram-se em várias Propostas de Emenda à Constituição, apresentadas por diversos parlamentares. O Senado Federal foi a Casa que albergou e alberga essa discussão de maneira mais intensa, sendo que, nessa Casa, 3 PECs destacaram-se até agora entre as demais e tornaram-se as mais relevantes intenções legislativas de reforma do Supremo Tribunal Federal atualmente. Estas são: a PEC 35/2015, de autoria do Senador Lasier Martins; a PEC 59/2015, assinada pela Senadora Marta Suplicy; e a PEC 16/2019, proposta pelo Senador Plínio Valério.

Embora esses três Senadores tenham sido identificados como autores de cada uma das PECs, verifica-se que as três têm uma grande quantidade de coautores, o que evidencia o relevo político, no Senado Federal, das intenções de reforma do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Em outubro de 2019, no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa, o relator designado à matéria, o então Senador Antônio Anastasia, apresentou um Substitutivo, isto é, um texto que unifica, ao ver do parlamentar, o melhor de cada uma das propostas.

O **Substitutivo** do Senador Antônio Anastasia, apresentado à CCJ do Senado Federal em 2020, reúne as três aludidas PECs, coletando, segundo o juízo do Relator, o que há de melhor em cada uma delas.

Organizadamente, podemos dizer que o Substitutivo recebeu:

a. Da PEC 35/2015:

- i. A condição de que o indicado ao posto de Ministro tenha, ao menos, 15 anos de prática jurídica comprovados;
- ii. A imposição de mandatos de 10 anos, vedada a recondução;
- iii. A limitação ao Presidente da República para que esse escolha um nome dos componentes de uma lista tríplice (construída de maneira equânime por indicados pelo STF, pelo Ministério Público e pela OAB — um tanto diferente, aliás, do que propunha a PEC);
- iv. A imposição de uma “quarentena eleitoral” de 5 anos após o fim dos mandatos aos ex-Ministros.

b. Da PEC 59/2015, a estipulação de prazos aos *agentes do processo* de nomeação, mas somente aos formuladores da lista tríplice (OAB, STF e MP), qual seja, 30 dias, e ao Presidente da República, para que esse escolha um dos três nomes à apreciação

do Senado, também em 30 dias. A proposta não menciona prazos ao Senado Federal para que delibere sobre o nome escolhido nem ao Presidente para que nomeie o indicado aprovado;

- c. Recebeu, da PEC 16/2019, além da ideia de estipular prazos já abraçada da PEC 59/2015, a previsão de que, no caso de omissão do Presidente em optar por um dos nomes da lista tríplice, o Senado Federal, por maioria simples, opte por um indicado.

3 AS PROPOSTAS DE REFORMA E SEUS (POSSÍVEIS) IMPACTOS À IMPESSOALIDADE DA ESCOLHA DOS MINISTROS E À ESTABILIDADE INSTITUCIONAL E FUNCIONAL DA CORTE.

As proposições analisadas buscam justificar as alterações constitucionais pretendidas alegando que este novo sistema de nomeação, somado à imposição de mandatos, conferiria mais *impessoalidade* na escolha dos Ministros e mais *estabilidade* institucional e funcional à Corte.

Decorrências da forma de governo republicana, a *impessoalidade* e a *perenidade* das instituições, pode-se dizer, são valores hegemônicos nas discussões ocidentais sobre direito, política e sociologia.

O ataque a estes valores geralmente constitui-se como parte de uma estratégia maior de destruição das conquistas históricas pelos direitos fundamentais.

Sendo os conceitos de direitos fundamentais, democracia, estado de direito e tripartição de funções dependentes entre si (isto é, não há efetivamente um sem os demais) pelo menos desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, qualquer ataque a um destes representa ataque a todos os outros.

O ataque à uma justiça constitucional forte, portanto, vem sendo estratégia política de agentes autoritários que, protegidos pelas garantias constitucionais de liberdade de expressão, se utilizam das redes sociais ou mesmo das estruturas do Estado (quando investidos de cargos no Poder Público) para avançar sobre o conteúdo material da Constituição.

Citando casos recentes, Levitsky e Ziblatt demonstram como governos autoritários geralmente se utilizam de um projeto de degeneração do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais como tática de supressão de direitos.

O Judiciário também pode ser convocado para fazer o jogo duro. Depois que conquistaram o controle da assembleia nacional venezuelana por maioria esmagadora numa eleição em dezembro de 2015, os partidos de oposição tiveram esperanças de frear o poder autocrático do presidente Nicolás Maduro. Assim, o novo Congresso aprovou uma lei de anistia que libertaria 120 presos políticos e votou contra a declaração de estado de emergência econômica de Maduro (que lhe dava amplos poderes para governar por decreto). Para repelir essa objeção, Maduro se voltou para a Suprema Corte, agora controlada por seus partidários. A corte chavista efetivamente retirou poderes do Legislativo, julgando que quase todos os seus projetos de lei – inclusive a lei de anistia, os esforços para revisar o orçamento nacional e a rejeição do estado de emergência – eram inconstitucionais. Segundo o jornal colombiano *El Tiempo*, a corte decidiu contra o Congresso 24 vezes em seis meses, derrubando “todas as leis que ele havia aprovado”.¹⁹

Podemos dizer, então, que a busca por novos modelos examinada neste trabalho não pretende, somente, uma melhoria trivial na funcionalidade das cortes constitucionais, mas, também, a proteção destas contra o autoritarismo de um modo geral (é o que Streck falou na passagem referenciada: quem protege o guardião?).

Nessa esteira, aparenta ser incontestável que conferir mais *impessoalidade* na escolha dos juízes constitucionais e buscar desenhos que garantam mais *estabilidade* institucional e funcional às Cortes são estratégias jurídicas e políticas de defesa do conteúdo material da Constituição contra o autoritarismo em suas diversas formas.

O desafio, portanto, a partir desse contexto, é examinar se a adoção do sistema de nomeação e a imposição de mandatos, como propostos pelo substitutivo do Senador Antônio Anastasia, irá, de fato, satisfazer e fomentar os valores da *impessoalidade* e da *estabilidade*.

Para avançarmos neste exame, adotaremos os parâmetros para aferição da *impessoalidade na escolha dos juízes constitucionais* e da *estabilidade institucional e funcional da Corte*, delineados nos itens a seguir.

3.1. IMPESSOALIDADE NA ESCOLHA

É sabido que o atual sistema de nomeação de Ministros do Supremo data da República Velha e teve sua inspiração no modelo da Corte Suprema dos Estados Unidos. Sobre esse modelo institucional estadunidense, defendeu o professor André Ramos Tavares de que "se trata de mais um déficit democrático do sistema político norte-americano":

O modelo de indicações, portanto, é anacrônico, criado para uma sociedade que nunca tinha experimentado o presidencialismo, que não sabia como funcionariam os poderes do governo da União, que enfrentava o grande desafio

¹⁹ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p. 110.

de manter a unidade territorial, com raros centros de produção do conhecimento e capacitação de nomes e com um ínfimo universo de iniciados nas letras jurídicas. O acerto desse modelo seria discutível mesmo em 1787, quando foi adotado pela primeira vez nos EUA.²⁰

Neste sistema transplantado ao Brasil, não parece ser razoável esperar que um juiz nomeado por meio de um processo muito condicionado às vontades do *agente nomeante* (no caso, o Presidente da República) terá condições plenas de exercer sua jurisdição de modo imparcial, especialmente nos inúmeros casos que envolvam os interesses de quem o indicou e nomeou.

Pontua-se, ainda, que a inexistência de mandatos pode, inclusive, (i.) levar a uma “personalização” da cadeira de Ministro do Supremo, com a permanência, por várias décadas, de um mesmo indivíduo no posto, e (ii.) estimular o *agente nomeante* a indicar candidatos que não somente sejam alinhados subjetivamente a ele, mas que, também, sejam extremamente jovens, garantindo, assim, sua influência no Supremo Tribunal Federal por muito tempo.

A impessoalidade, valor republicano encartado na Constituição através do *caput* do artigo 37 e espelho do próprio princípio da igualdade ou isonomia, não está, portanto, garantida no modelo atual.

Há, porém, um contra-argumento à celebração deste debate que diz que o atual modelo gerou um Supremo atuante, forte, técnico e pluralista — o que é verdade. Entretanto, como pontua André Ramos Tavares em artigo de opinião já referenciado, "Isso, porém, não bloqueia o debate, pois o desafio está em construir um modelo que ofereça exatamente esse perfil da corte como um **resultado final inevitável, não como um acaso.**" (grifou-se).

Na busca, portanto, de examinar se uma eventual alteração do sistema de nomeação (especialmente com a implementação da “lista tríplice”) e a imposição de mandatos conferiria mais impessoalidade na escolha dos juízes, tivemos de eleger alguns parâmetros de aferição para o “grau” de impessoalidade observado na nomeação de juízes constitucionais. Os parâmetros escolhidos foram os seguintes 3:

- i. **Proximidade afetiva ou de interesses pessoais:** se o nomeado tem algum grau de relação familiar, profissional ou de amizade com o agente nomeante, ou, ainda, se algum interesse pessoal dos personagens está proximamente relacionado. Optamos por concentrar, nesse parâmetro, todas as hipóteses de

²⁰ TAVARES, André Ramos. Anacrônico e pouco transparente, modelo de indicação para STF precisa mudar. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 17 out. 2020. Ilustríssima - Opinião. Disponível em:https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/10/anacronico-e-pouco-transparente-modelo-de-indicacao-para-stf-precisa-mudar.shtml?utm_source=mail&utm_medium=social&utm_campaign=compmail

- suspeição e impedimento do julgador previstas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil;
- ii. **Identidade político-partidária:** se o nomeado tem em sua vida pregressa uma forte identidade de natureza político-partidária, direta ou indiretamente, com o nomeante;
 - iii. **Proximidade de pautas:** é claro que, hoje em dia, parece ser natural que, no modelo estadunidense por nós copiado, o nomeado pelo Presidente da República sempre haverá de ter pautas e teses assemelhadas com a de seu nomeante. Pode-se esperar, ainda, que o nomeado defenda posições que até mesmo favoreçam, de alguma maneira, o Presidente. Em algum grau sabemos que isto é natural, já que a Corte Constitucional acaba, muitas vezes, sendo um elemento na discussão política nacional. O que pretendemos identificar através desse parâmetro, contudo, é se a decisão de nomeação fora excessivamente influenciada por essa proximidade de pautas, com pouca consideração, por exemplo, à capacidade técnica do nomeado.

Fixados os parâmetros escolhidos, segue-se ao exame da impessoalidade na nomeação dos últimos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil, especialmente desde o Ministro Cezar Peluso²¹ – o Ministro que substituiu o último juiz nomeado ainda na ditadura militar, sob égide da Constituição de 1969, a sair do STF, Sydney Sanches.

De início, pode-se dizer que, da “bateria inicial” de Ministros indicados pelo Presidente Lula – que indicou 3 Ministros de uma única vez, em junho de 2003 – a escolha do Ministro **Carlos Ayres Britto** é aquela mais dotada de subjetividade.

Tendo sido Britto candidato a Deputado Federal pelo Partido dos Trabalhadores em 1990 (partido do Presidente Lula), sua indicação e nomeação em 2003 tem a marca da *identidade político-partidária entre nomeante e nomeado*²².

Anos mais tarde, com o falecimento precoce do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, viria uma indicação que, a partir dos parâmetros estabelecidos, seria notabilizada por sua pessoalidade: a nomeação do Ministro **Dias Toffoli**, em outubro de 2009.

²¹ A escolha desse corte temporal se justifica pois é a partir da nomeação de Peluso, ocupando a vaga deixada por Sydney Sanches, que o Tribunal passa a ter a integralidade de sua composição por Ministros nomeados sob a égide da Constituição de 1988.

²² Em entrevista ao Correio Braziliense, Ayres Britto, quando indagado sobre sua relação com o PT, afirmou: “Eu sou convictamente petista. Acho que é o partido que mais tem condições de responder aos desafios do novo tempo. Uma coisa que eu admiro muito no PT é esse compromisso mais orgânico, mais visceral, com a ética administrativa. Acho isso notável do ponto de vista partidário.” (CORREIO BRAZILIENSE, 07 de maio de 2003. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/1759/carlos-ayres-de-britto--novo-ministro-do-stf>)

Toffoli, como se sabe, tem uma extensa relação de proximidade com o partido do Presidente Lula, tendo sido assessor jurídico da liderança do PT na Câmara, seu advogado eleitoral e, por fim, Advogado Geral da União. Felipe Recondo e Luiz Weber mencionam que o Presidente Lula, quando tratando sobre Toffoli, chegou a dizer: “Esse vai ser o meu menino no Supremo”²³.

Assim, pode-se dizer que a nomeação do Ministro Dias Toffoli preenche os três parâmetros de aferição de pessoalidade na indicação: a *proximidade afetiva ou de interesses pessoais*, a *identidade político-partidária* e a *proximidade de pautas*.

Analizando o histórico da nomeação do Ministro **Edson Fachin**, percebe-se um elemento objetivo que nos leva a classificá-la como eivada de *identidade político-partidária*: nas eleições presidenciais de 2010, Fachin foi o porta-voz de um manifesto de juristas em apoio à candidatura de Dilma Rousseff. Em evento cujo vídeo encontra-se disponível na internet, o hoje Ministro entoou discurso encimado por cânticos partidários em favor da candidata que, posteriormente, seria a *agente nomeante* do processo que, em 2015, o levou ao Supremo.

A respeito do processo de nomeação do Ministro **Alexandre de Moraes**, podemos dizer que se detecta, também, a marca da pessoalidade na escolha: conforme apontam Recondo e Weber²⁴, a escolha de Moraes pelo Presidente Michel Temer teria se dado pela confiança que o *nomeado* conquistou do *nomeante* no tempo em que o primeiro ocupou o posto de Ministro da Justiça no governo do segundo. Verifica-se, portanto, o parâmetro de *proximidade afetiva ou de interesses pessoais*.

Inesperada, a indicação do nome do então desembargador do Tribunal Regional da 1ª Região, **Kassio Nunes Marques**, pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro, também atendeu, ao que tudo indica, a interesses pessoais do *nomeante*. Pressionado por líderes políticos do chamado “centrão”, por um Ministro do STF, por seu filho, o Senador Flávio Bolsonaro, e pelo advogado da família Bolsonaro, Frederick Wassef²⁵, o Presidente da República, segundo o que fora amplamente noticiado pela mídia e pelos analistas²⁶, optou pelo nome de Nunes Marques

²³ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019, p. 152.

²⁴ Ibid., p. 131 - 133.

²⁵ Ver KADANUS, Kelli. Quem está por trás da indicação de Kassio Nunes Marques ao Supremo Tribunal Federal. **Gazeta do Povo**, 05 de out. de 2020. Disponível em:

<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/kassio-nunes-marques-stf-quem-esta-por-tras-indicacao/>

²⁶ JUBÉ, Andrea. Cotado para STF, Kássio Nunes é ‘garantista’ e tem apoio de Flávio Bolsonaro. **Valor Econômico**. 30 de set. de 2020. Disponível em:

<https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/09/30/cotado-para-stf-kassio-nunes-e-garantista-e-tem-apoio-de-flavio-bolsonaro.shtml>

convencido de que o futuro Ministro poderia ser um voto favorável aos interesses da família Bolsonaro em matéria criminal.

Assim, por mais que, em primeira análise, possivelmente impessoal, a nomeação de Nunes Marques incide no parâmetro de *proximidade de pautas* entre os *agentes do processo de nomeação*, sendo-a motivada, portanto, por interesses pessoais, familiares, do Presidente.

Por último lugar, apontamos a nomeação, pelo Presidente Bolsonaro, do Ministro **André Mendonça**. Tendo sido Ministro da Justiça e da Segurança Pública e advogado-geral da União no governo de seu *nomeante*, Mendonça vem sendo reconhecido, até mesmo por Ministros do Supremo Tribunal²⁷, como um defensor assíduo das pautas do Presidente Jair Messias. Além disso, sua escolha é também um aceno à base evangélica de apoio do Presidente, já que, como repetidas vezes anunciado pelo Chefe do Executivo, ele iria, ao longo de seu governo, indicar um Ministro “terrivelmente evangélico” para o STF²⁸.

Por essas razões, dissemos que a indicação de Mendonça está eivada de *proximidade afetiva ou de interesses pessoais, identidade político-partidária e proximidade de pautas* entre *nomeante e nomeado*, os três critérios.

Vale reforçar: a lembrança dos fatos descritos acima não tem nenhuma intenção que não seja a de aperfeiçoar e fortalecer o Supremo Tribunal Federal. Todos os citados Ministros foram regularmente indicados, aprovados e nomeados para a posição que ocupam na estrita linha do que, atualmente, estipula a Constituição Federal.

Passando-se a análise do Substitutivo proposto pelo Senador Antônio Anastasia, percebe-se que o modelo sugerido, objetivamente, limitaria a discricionariedade atual que hoje detém o Presidente da República na escolha do nome a ser indicado ao Senado Federal. Ao mesmo tempo, é verdade que este desenho convidaria outros importantes atores institucionais da República a participarem do processo de nomeação dos Ministros do Supremo.

Manter o modelo atual, permitindo-se, como apontou André Ramos Tavares em artigo referenciado anteriormente, a “presidencialização” da Corte não parece ser o melhor caminho. Ao mesmo passo, não merece grande consideração a busca por um modelo de *processo de*

²⁷ MACEDO, Fausto. Gilmar vota contra liberação de cultos e missas, critica Aras e Mendonça e diz que Brasil se tornou ‘pária’ na pandemia. **O Estado de S. Paulo**. 07 de abr. de 2021. Disponível em:
<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stf-julga-hoje-liberacao-de-cultos-e-missas-presenciais-na-pandemia-entenda/>

²⁸ CALGARO, Fernanda; MAZUI, Guilherme. Bolsonaro diz que vai indicar ministro 'terrivelmente evangélico' para o STF. **G1**. 10 de jul. de 2019. Disponível em:
<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf.ghtml>

nomeação absolutamente hermético em agentes pretensiosamente “neutros” — o que seria uma ilusão.

O desafio, portanto, é o de encontrar um modelo que concilie o espaço da política e o valor da impessoalidade.

A maior mudança que o modelo proposto traria em relação atual, pode-se afirmar, seria a limitação da escolha do Presidente ao pequeno universo da *lista tríplice*, formada por 1 nome do Poder Judiciário, apontado pelo próprio STF, 1 nome do Ministério Público, eleito pela PGR, e 1 “jurista”, escolhido pela OAB.

Como apontamos anteriormente, o desenho das *listas tríplices* aparece em diversos espaços institucionais da Constituição, e, portanto, não constituiria uma absoluta novidade na vida republicana nacional.

Do ponto de vista do direito comparado, tal modelo de “lista”, que limita a discricionariedade do *agente nomeante*, não é tão usual. Veremos mais adiante o caso da África do Sul, que adota mecanismo assemelhado, e o modelo da Alemanha, que não o adota, na busca de verificar se há causalidade ou correlação entre o modelo das listas e uma maior impessoalidade na escolha dos juízes constitucionais.

3.2. A ESTABILIDADE INSTITUCIONAL E FUNCIONAL DA CORTE

A *estabilidade institucional* da Corte Constitucional diz respeito à estima que ela deve merecer como órgão autônomo em relação aos demais poderes do Estado (seja, de fato, como uma instituição apartada dos 3 poderes, seja como cúpula do Judiciário, a depender do modelo nacional) e ao acatamento formal e material de suas interpretações constitucionais (*enforcement*).

Já quando tratamos da *estabilidade funcional* da Corte, fazemos menção à garantia de um ambiente nacional que permita o regular funcionamento dos trabalhos de sua jurisdição.

O resultado, entretanto, da estabilidade sob os ângulos *institucional* e *funcional* é o mesmo: o respeito e a valorização da jurisdição constitucional, prestigiando-se, ao final, a sobreposição dos direitos fundamentais ao poder político de modo perene e inabalável.

Para que se possa extrair uma conclusão a respeito das estudadas intenções de reforma do STF, estabeleceu-se os seguintes critérios para a medição do “grau” de estabilidade institucional e funcional das Cortes Supremas:

- i. **Interrupção do funcionamento da Corte:** nesse critério identificamos toda e qualquer suspensão, mesmo que por um breve lapso, do funcionamento da Corte Constitucional. Os motivos que induziram a interrupção, a nós, pouco importam, já que a jurisdição constitucional deve ser perene e inabalável, sendo que uma pequena pausa em seu funcionamento significa abandono dos direitos fundamentais;
- ii. **Cassação de decisões:** utilizamos aqui o termo “cassação” em *lato sensu*, buscando reunir, em uma única expressão, (a.) o descumprimento de ordens judiciais, (b.) a cassação *in strictu sensu* (através de mecanismos institucionais) e (c.) o chamado “efeito backlash” ou “overrides”.
Sobre o descumprimento das decisões judiciais, bem versou o sempre presente e luminoso Ministro Aposentado do STF, Celso de Mello²⁹:

[...] O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio Poder Público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República.

A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de ‘impeachment’), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal ou de intervenção estadual nos Municípios).

Já sobre a cassação em sentido estrito, nos referimos a mecanismos institucionais, constitucionalmente previstos, em que outro órgão tem o poder de reformar, ou mesmo cassar totalmente, decisões exaradas pela Corte Constitucional.

No tema do *efeito backlash*, ou *overrides*, utilizaremos as duas expressões, aqui, como sinônimas, por mais que alguns autores prefiram as distinguir. Com esse critério, buscaremos identificar casos em que atos legislativos tenham sido produzidos de modo a esgotar ou rever alguma decisão judicial³⁰;

- ii. **Cassação de juízes:** nesse critério, reunimos tanto a cassação imposta por medidas de exceção, quanto aquela feita através de mecanismos juridicamente previstos e constitucionalmente válidos, como o *impeachment* (no Brasil

²⁹ RTJ 167/6-7, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno.

³⁰ C.f. TOMMASINI, Nicola; RICCETTO, Pedro Arcain; ROZNAI, Yaniv. When backlashes and overrides do not scare: the power to review constitutional amendments and the case of Brazil's Supreme Court. *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, v. 8, n. 1-2, p. 80-96, 2021.

previsto pelo artigo 52, inciso II, da Constituição Federal de 1988)³¹. O resultado desses dois caminhos de cassação, no ponto estudado, é o mesmo: abalado à perenidade do Tribunal.

Utilizando-se desses três critérios para a análise da história do Supremo Tribunal de 1988 para cá descobriremos que, em verdade, os casos de impactos à estabilidade da Corte ocorridos de 1988 a, aproximadamente, 2016, são quase irrelevantes frente ao que, de 2016 para cá, se observa. De 16 para cá, a retórica política de parte importante da opinião pública e de atores relevantes do quadro institucional (como o próprio Presidente da República) degenerou-se completamente, atingindo uma tônica de completo desdém e desapreço pelo STF.

Por mais que o primeiro critério de *interrupção do funcionamento da Corte* não seja verificado na recortada história brasileira que analisamos, é certo que o STF vem sofrendo crescentes ameaças nesse sentido. Daí porque entendemos que o atual estado de *contempt of court* deve ser tratado como uma situação de grave desestabilização da instituição, inserido nesse primeiro parâmetro³².

Sobre do critério de *cassação de decisões*, tem-se que o respeito aos acórdãos da Corte já fora relativizado por outros Poderes da República em casos significativos, a saber: em março de 2004, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado João Paulo Cunha, decidiu ignorar decisão do Supremo Tribunal sobre os direitos de um investigado em Comissão Parlamentar de Inquérito³³; outro caso, este em abril de 2007, deu-se quando o também então Presidente da Câmara, Deputado Arlindo Chinaglia, desrespeitou decisão da Corte que garantia o direito dos menores partidos políticos do Legislativo a constituírem liderança partidária³⁴; por fim, destaca-se aquele que, provavelmente, é o de maior relevo sobre o tema, ocorrido em dezembro de 2016, quando o então Presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros,

³¹ Lembrando a lição de Ronald Dworkin sobre a cassação presidencial (mas igualmente aplicável à deposição de juízes constitucionais): o *impeachment* é uma arma nuclear prevista na Constituição, que só deverá ser utilizada em casos extremíssimos. (DWORKIN, Ronald. *A Kind of Coup*. The New York Review, 14 de jan. de 1999. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/1999/01/14/a-kind-of-coup/>)

³² Também no primeiro critério, identificamos, recentemente, as constantes ameaças do Presidente Bolsonaro à Corte. Segundo os conceitos de Levitsky e Ziblatt, em obra já mencionada (p. 80 – 81), essas atitudes, aparentemente inofensivas, vão, aos poucos, induzindo a opinião pública a desacreditar das instituições (árbitros do jogo) e a rechaçar os demais atores políticos (outros jogadores) e, por fim, subvertendo a ordem constitucional (destruição das regras do jogo).

³³ CÂMARA ignora decisão do STF e provoca crise. *Folha de S. Paulo*, mar. 2004. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2003200415.htm>.

³⁴ CHINAGLIA: Plenário decidirá se nanicos terão liderança. *Congresso em Foco*, abr. 2007. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/chinaglia-plenario-decidira-se-nanicos-terao-lideranca/>

descumpriu uma ordem do Supremo que determinava seu afastamento da posição de chefia do Senado³⁵.

A *estabilidade* do Tribunal também já fora atacada por meio do fenômeno do “judicial backlash”³⁶. Em outubro de 2016, o Plenário decidiu ser inconstitucional lei do Estado do Ceará que regulamentava a prática cultural da “vaquejada”, por incompatibilidade com o artigo 225 da Constituição Federal. Apenas 9 meses depois da decisão, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº. 96, alterando o artigo 225, acabando por esgotar completamente o acórdão do Supremo.

Sobre o terceiro critério, apesar de nunca ter se efetivado a cassação de Ministros do Supremo de 1988 para cá, relembramos com espanto o infundado pedido de impeachment do Ministro Alexandre de Moraes, assinado pelo próprio Presidente da República, Jair Bolsonaro, em 20 de agosto de 2021. Por mais que sem sucesso, a mera postulação deve ser entendida como mais um elemento retórico autoritário a se somar ao contexto de *contempt of court* — um ataque, portanto, à *estabilidade institucional e funcional* da Corte.

Cumpre, agora, destrinchar quais são os possíveis impactos das estudadas PECs neste tema da *estabilidade* do Supremo.

A ideia de chamar outros atores à comissão de composição da chamada *lista tríplice* (especialmente a OAB e o Ministério Público, já que a terceira instituição seria o próprio STF), pode aproximar, ainda mais, essas importantes instituições do Supremo, o que, muito provavelmente, faria alargar as trincheiras de proteção à Corte.

A hipótese de se impor mandatos de 10 anos aos Ministros, vedada a recondução, pode sofisticar a estabilidade do STF ao estipular regra de substituição programada dos Juízes, promovendo-se uma evolução perene e esperada de sua jurisprudência e se evitando, assim, a composição de um tribunal dessincronizado com a realidade social e com as discussões jurídicas da academia.

A estipulação de prazos aos *agentes do processo de nomeação* também viria a calhar, impedindo o cenário de enfraquecimento do Supremo pela mora do mundo político em nomear novos juízes. Também positiva parece ser a imposição de uma “quarentena eleitoral” ao término dos mandatos, garantindo-se a imagem de um Tribunal desinteressado do varejo da política.

³⁵ SENADO decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. **Portal G1**, dez. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>

³⁶ Ver CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. **Sequência (Florianópolis)**, p. 123-150, 2018.

4. A IMPESSOALIDADE NA NOMEAÇÃO E A ESTABILIDADE INSTITUCIONAL E FUNCIONAL NAS CORTES CONSTITUCIONAIS DE ALEMANHA E ÁFRICA DO SUL

Na intenção de analisar se as reformas propostas do *sistema de nomeação* e de *extinção da vitaliciedade* dos Ministros do Supremo Tribunal Federal irão, de fato, acarretar uma maior *impessoalidade na nomeação* e um aprimoramento da *estabilidade institucional e funcional* da Corte, nos dedicamos ao exame, a partir dos parâmetros definidos à qualificação de *impessoalidade e estabilidade*, dos casos de Alemanha e África do Sul.

4.1. ALEMANHA

A Alemanha adota o sistema da *civil law* e, em sua Constituição de 1949 (Lei Fundamental (LF) ou *Grundgesetz*), confiou ao Tribunal Constitucional Federal, sediado em Karlsruhe, o poder de exercer o controle da constitucionalidade de modo concentrado. Mais especificamente, o Tribunal Constitucional, instalado em 1951, exerce, além do controle da constitucionalidade de leis e tratados (*a priori* e *a posteriori*), o controle *por meio de remessa dos tribunais* (artigo 100 da LF) e o controle nos *recursos constitucionais* (de iniciativa dos particulares)³⁷.

O Tribunal também exerce funções de *tribunal eleitoral* (como instância de apelação), de *alta corte de justiça* (artigo 61, LF), de *corte federal* (julgando matéria de competência entre os entes federados), de *solucionador de conflitos entre órgãos constitucionais* (art. 93, §1º, 1 da LF) e de *controlador da qualidade e do sentido das normas* (fazendo-se uma avaliação sobre como a Lei Fundamental recepcionou normas pré-constitucionais e sobre a eficácia dos tratados internacionais).³⁸

O Tribunal Constitucional é composto por 16 juízes constitucionais nomeados pelo Legislativo Federal, sendo que estes 16 se dividem em 2 “Senados” de 8 juízes cada um.

³⁷ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004, p. 67.

³⁸ Ibid., p. 63-65.

Bundestag e *Bundesrat* escolhem, cada qual, metade dos juízes, sendo que, em cada Senado do Tribunal haverá de ter 3 magistrados oriundos de Cortes Federais.

Como ensina Favoreu, *as modalidades de designação foram fixadas em textos específicos e pela prática*³⁹. Costumeiramente, o Ministério da Justiça reúne, em uma lista, todos os juízes federais aptos a assumirem a posição no Tribunal Constitucional e, ao lado, os nomes de indivíduos capacitados à nomeação indicados por atores políticos relevantes (como grupos parlamentares, o Governo Federal e os governos estaduais). A lista, então, é submetida às duas casas do Legislativo.

No *Bundestag*, a escolha do nomeado se dá por eleição proporcional, ao passo que no *Bundesrat* os juízes são eleitos por escrutínio direto, sempre, em ambas as casas, por maioria qualificada de 2/3. Ao mesmo tempo, cada uma das casas, alternativamente à cada ciclo de escolha, elege um Presidente e um Vice-Presidente para o Tribunal, que jamais ocuparão, portanto, o mesmo Senado.

Como requisitos à investidura, prevê-se que os indicados tenham entre 40 e 68 anos de idade e que tenham a qualificação, segundo a lei alemã, para serem magistrados. Empossados, os juízes constitucionais exercem mandatos improrrogáveis de 12 anos.

Por mais que o modelo de indicação alemão aparente estar estruturado de forma a barrar influências políticas abusivas, *a repartição das vagas é feita na realidade por acordo entre os dois partidos, e os Juízes possuem uma ligação política clara*⁴⁰.

A maioria qualificada necessária à aprovação do nome indicado e a existência de partidos políticos fortes impõem aos legisladores a prática de fazerem acordos sobre quem poderá indicar os juízes e em qual frequência.

Soma-se a isto o fato de a Lei Fundamental não estipular critérios notadamente rigorosos à capacitação de 10 dos 16 juízes, exigindo, somente, os requisitos de idade (entre 40 e 68 anos) e a qualificação jurídica – aos outros 6, como vimos, requer-se a prévia experiência em cortes federais.

O sistema de nomeação alemão é, como o brasileiro, alvo de críticas. A título de exemplo, faz-se menção ao artigo de opinião de Jean-Michel Hauteville, jornalista da *Handelsblatt Today*, periódico de negócios de maior circulação na Alemanha:

O processo de nomeação ao Tribunal Constitucional Federal Alemão não é somente altamente politizado, mas também opaco. Um conjunto de regras escritas e não-escritas governa qual partido tem o poder de escolher um nomeado; o processo de seleção envolve uma grande porção de barganha política, isto sem mencionar um comitê parlamentar *ad hoc* cujo trabalho é envolto em segredo.

³⁹ FAVOREU, Louis. op. cit., p. 60.

⁴⁰ Ibid., p. 61.

“Comparado com como os juízes constitucionais da Alemanha são eleitos, a eleição do papa é um modelo de transparência e democracia”, lamentou, por certa vez, Helmut Kerscher, um repórter especializado em cobertura de cortes alemãs.⁴¹

Eis o desafio: a existência de um sistema de nomeação diferente, concentrado no Legislativo, e a imposição de mandatos, induziram mais impessoalidade na escolha dos juízes constitucionais alemães?

A impressão é de que não. Vejamos, a partir dos critérios estabelecidos, dois exemplos.

O atual Presidente do Tribunal Constitucional Federal, Stephan Harbarth, era membro do *Bundestag* até 2018 e filiado ao CDU, o partido de centro-direita da ex-Chanceler Angela Merkel que, de fato, articulou sua indicação e nomeação ao Tribunal. Assim, a nomeação de Harbarth incide nos três parâmetros definidos à qualificação da pessoalidade na escolha: *proximidade afetiva ou de interesses pessoais, identidade político-partidária e proximidade de pautas*.

Com uma história parecida à de Harbath, o juiz Peter Müller foi, antes de ser apontado por seu partido, o CDU, ao Tribunal, um político reconhecido, tendo sido premiê do estado de Saarland de 1999 a 2011 e, depois, Presidente do *Bundesrat* no biênio 2008-2009. Sua nomeação também incide nos três parâmetros eleitos.

No entanto, destaca-se que o corpo de 16 juízes, no geral, tende a ser extremamente capacitado à jurisdição constitucional. Apesar do fato de que casos como os de Harbarth e Müller já terem ocorrido por diversas vezes na história do Tribunal, isto não implica em dizer que a Corte seja um palco de política partidária. Mas talvez diga ao Brasil que a confiança ao Legislativo do poder de indicar os juízes constitucionais não promova mais impessoalidade – e, nesse ponto, as PECs fizeram bem ao não se aproximarem do sistema alemão.

A respeito da *estabilidade institucional e funcional* da Corte, podemos dizer que o Tribunal alemão, tal qual o brasileiro, entra, constantemente, em rota de colisão com o poder político. Os poderes de mediar as disputas entre entes subnacionais e a Federação (ou mesmo entre órgãos constitucionais) e conferir unidade e coerência a um sistema normativo constitucional de direitos objetivos, dotados de plena eficácia, dão à Corte uma enorme

⁴¹ HAUTEVILLE, Jean-Michel. Why even Germany's Federal Constitutional Court has a politics problem. *Handelsblatt Today*. 11 de set. de 2018. Tradução nossa do original: “*Germany's nomination process to the Federal Constitutional Court is not only highly politicized but also opaque. A set of written and unwritten rules governs which party gets to pick a nominee; the selection process involves a great deal of political horse-trading, not to mention an ad hoc parliamentary committee whose work is shrouded in secrecy. “Compared to how Germany's constitutional judges are elected, the election of the pope is a paragon of transparency and democracy,” Helmut Kerscher, a German court reporter, once lamented.*” Disponível em: <https://amp2.handelsblatt.com/handelsblatt-explains-why-even-germany-s-federal-constitutional-court-has-a-politics-problem/23580560.html>

relevância no contexto do país e, mais recentemente, com o julgamento da constitucionalidade do Tratado de Lisboa⁴², no contexto europeu.

A influência do Tribunal sobre a ordem política é notável de tal maneira de *dizerem habitualmente que, na Alemanha Federal, até mesmo acima do Estado de Direito, fica o Estado dos Juízes*⁴³. No mesmo sentido é a frase de efeito utilizada por muitos políticos da minoria no Parlamento: *Wir sehen uns in Karlsruhe wieder* (“nos vemos novamente em Karlsruhe”) – assim como no Brasil, a Corte Constitucional, exatamente pela eficácia e extensão dos direitos constitucionais, acabou se tornando um último ringue da luta política.

Essa jurisdição “forte” do Tribunal Constitucional Federal, vem, graças à substituição programada e perene dos juízes, evoluindo também de modo estável e esperado, constantemente na direção de garantir mais eficácia aos direitos fundamentais e unidade à Lei Fundamental.

A constante evolução jurisprudencial vem sendo acompanhada de um grande acatamento e respeito, por parte das demais instituições alemãs, à jurisdição constitucional e ao seu papel de garantia de direitos fundamentais, especialmente ressaltado diante da trágica memória do Terceiro Reich e do desprezo do legislador pelas faculdades individuais⁴⁴.

Assim, a conclusão sobre a *estabilidade institucional e funcional* do Tribunal Constitucional Federal Alemão é de que esta se mantém em um ritmo estável, porém positivo, de fortalecimento inabalável desde sua instalação, em 1951.

Nenhum dos parâmetros de *interrupção do funcionamento da Corte, cassação de decisões ou cassação de juiz* foram verificados em nosso estudo.

4.2. ÁFRICA DO SUL

A África do Sul adota um sistema “misto” ou “híbrido”, construído historicamente pela influência de diversas tradições jurídicas, especialmente a *common law* dos ingleses, a *civil law* dos holandeses e uma tradição própria de povos africanos, conhecida como *South African*

⁴² Cf. CEIA, Eleonora Mesquita. A decisão do tribunal constitucional federal alemão sobre a constitucionalidade do tratado de Lisboa. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009.

⁴³ FAVOREU, Louis. op. cit., p. 75.

⁴⁴ Ibid., p. 57.

*customary law*⁴⁵.

Para bem compreender o atual estado da jurisdição constitucional sul-africana faz-se indispensável rememorar que quase a totalidade do século 20, para aquele povo, foi marcada por uma enorme repressão de direitos, através famigerada política do “apartheid”.

Com a chegada dos anos 90, a resistência e a mobilização de grupos contrários ao regime autoritário, simbolizados pela robusta organização política *African National Congress* (ANC), especialmente através da liderança de Nelson Mandela, venceram o *apartheid* e conquistaram uma série de avanços civilizacionais.

O *Justice* aposentado da Corte Constitucional da África do Sul, Johann Kriegler, ensina que durante toda a segunda metade do século 20, assim como se fez nos anos 30 e 40 na Alemanha, não se podia dizer que havia, efetivamente, “freios reais à ação do executivo”⁴⁶, tendo sido o direito transformado em um mero “mecanismo de opressão”. Ao final dos anos 90, líderes insurgentes do país forjaram uma “revolução pacífica” que, ao cabo, culminou com a construção de uma democracia constitucional com as características típicas do constitucionalismo do segundo pós-Guerra.

Em 1993, essa “revolução pacífica” originou uma Constituição interina, que estipulava direitos civis e políticos aos cidadãos, prevendo a realização de uma Constituinte para a formulação de um futuro texto constitucional definitivo.

A Constituição definitiva (e atual) da República da África do Sul viria em 1996, mas, mesmo antes dela, já como previsão da Carta transitória de 1993, estabeleceu-se a inédita Corte Constitucional da África do Sul, instalada efetivamente em 1995, com amplos poderes de *judicial review*⁴⁷.

Constitucionalizada, definitivamente, na Seção 167 da Constituição Sul-Africana de 1996, a Corte Constitucional da África do Sul se situa em Johanesburgo, e é composta por 11 *Justices*.

O processo de nomeação dos juízes constitucionais está previsto no texto constitucional que vai da seção 174 à seção 178 da Lei Maior e define que os nomeados não podem ser membros do Parlamento ou de qualquer Governo (Federal ou Provincial) e nem filiados a qualquer partido político.

⁴⁵ THOMAS, Ph J.; VAN DER MERWE, Cornie G.; STOOP, Ben C. **Historical foundations of South African private law**. África do Sul, Durban: Butterworth-Heinemann, 2000, p. 7.

⁴⁶ KRIEGLER, Johann. The Constitutional Court of South Africa. *Cornell Int'l LJ*, v. 36, 2003, p. 361.

⁴⁷ NETO, João Costa. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, n. 1, 2014, p.192.

Todos os *Justices* devem ser cidadãos sul-africanos e é necessário que, sempre, pelo menos 4 deles sejam oriundos da magistratura quando do momento de suas respectivas nomeações. Na prática, os juízes constitucionais advindos da magistratura encerram suas funções na *ConCourt* quando atingem 70 anos de idade ou 12 anos de mandato. Os demais juízes saem da Corte aos 75 anos de idade ou com 15 anos de mandato cumpridos.

Como ensina Favoreu, *a Corte Constitucional tem o monopólio da interpretação da Constituição no mais alto grau, por remessa de questões prejudiciais pelos tribunais provinciais e pelas cortes de apelação*⁴⁸. A ConCourt também faz o controle preventivo da constitucionalidade, uma vez que pode ser provocada pelos demais poderes a examinar a compatibilidade de projetos de lei e emendas à Constituição com a Carta de 1996 e com a *Bill of Rights*.

O processo de nomeação é dividido, num primeiro plano, entre dois grandes *agentes*, quais sejam, a *Judicial Service Comission (JSC)* e o Presidente da República.

A *Judicial Service Comission* está estabelecida na Seção 178 da Constituição Sul-Africana e é encarregada de elaborar listas à apreciação do Executivo direcionadas ao preenchimento de todos os cargos da magistratura do país.

Em oposição ao sistema anterior do regime do apartheid, em que o Presidente escolhia unilateralmente os magistrados, o sistema atual visa promover uma maior transparência do processo.

A *Judicial Service Comission* é composta por membros das mais variadas origens institucionais. Presidida pelo *Chief Justice* da *Constitutional Court*, a *JSC* é formada por nomes da advocacia, da academia, do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário.

Sempre que necessário ao preenchimento de alguma posição na Magistratura sul-africana, a *JSC* promove, especialmente nos casos de nomeação à *ConCourt*, um verdadeiro processo seletivo, gravado e publicamente divulgado, em que os candidatos são questionados sobre suas vidas pregressas e sobre sua visão do direito e da Constituição.

A Comissão então, decide por, ao menos, 3 *indicados* a mais do que o número de vagas a serem preenchidas, encaminhando a lista com os nomes escolhidos ao Presidente da República que, após consultar o *Chief Justice* e os líderes dos partidos representados na Assembleia Nacional (Seção 174, ‘4’, da Constituição de 1996), decide pelos *nomeados*.

⁴⁸ FAVOREU, Louis. op. cit., p. 130.

O *Chief Justice* e o *Deputy Chief Justice* são escolhidos pelo Presidente da República após consulta com a *JSC* e os líderes partidários do Legislativo Nacional.

A *Constitutional Court*, portanto, é uma conquista relativamente recente dos sul-africanos. Sua construção institucional após um período de grande repressão de direitos, assim como ocorrido com outros cortes constitucionais, deu-se muito pela necessidade de se garantir a existência de um órgão autônomo em relação ao poder político que se encarregasse de proteger e fortalecer a Constituição.

Apesar de seu relativo pouco tempo de história, a *ConCourt* já prestou grandes serviços aos direitos dos sul-africanos. Como exemplo, cita-se as decisões em que a Corte declarou a inconstitucionalidade da pena de morte⁴⁹, em 1995; descriminalizou rituais religiosos Rastafári, em 2001⁵⁰; e expandiu e protegeu diversos direitos sociais, *tais como direito à moradia, à educação e à saúde*⁵¹.

É certo que, na busca de edificar o Tribunal Constitucional, o constituinte sul-africano deu especial atenção à necessária imparcialidade do processo de nomeação dos *Justices*. A própria Lei Superior definiu, em sua Seção 165, ‘4’, os valores da magistratura nacional como sendo independência, imparcialidade, dignidade, acessibilidade e efetividade⁵².

O método, portanto, que o constituinte optou para tentar garantir a efetivação destes valores foi a instalação de uma instituição independente dos demais poderes que indicaria, ao Presidente da República, uma lista de nomes hábeis a ocupar assentos na magistratura.

Os critérios adotados à seleção dos indicados são aqueles previstos no texto constitucional (Seção 174) e outros, mais específicos, elaborados pela própria comissão. Em setembro de 2010, apostando na transparência como forma de garantir uma maior confiança da opinião pública no Judiciário, a *JSC* divulgou seus critérios próprios⁵³.

A lista, denominada pela comissão de “critérios suplementares”, é um conjunto de 10 perguntas, que se transcreve, a seguir, do mesmo modo como divulgado pela *JSC*⁵⁴:

⁴⁹ *State v Makwanyane and Another*, 995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC).

⁵⁰ *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others*, 2001 (2) SA 388; 2001 (2) BCLR 133, par. 129-30, 134.

⁵¹ NETO, João Costa. op. cit., p. 201.

⁵² MALAN, Koos. *Reassessing judicial independence and impartiality against the backdrop of judicial appointments in South Africa*. *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, v. 17, n. 5, p. 1964-2040, 2014, p. 1966.

⁵³ Ibid., p. 1973.

⁵⁴ COMISSION, Judicial Service. *Summary Of The Criteria Used By The Judicial Service Commission When Considering Candidates For Judicial Appointments*. Special Sitting, Johannesburg, 10 de set. de 2010. Tradução nossa do original: “1. Is the proposed appointee a person of integrity? 2. Is the proposed appointee a person with the necessary energy and motivation? 3. Is the proposed appointee a competent person? (a) Technically competent (b) Capacity to give expression to the values of the Constitution 4. Is the proposed appointee an experienced person? (a) Technically experienced (b) Experienced in regard to values and needs of the community 5. Does the

1. O candidato proposto é uma pessoa de integridade?
2. O candidato proposto é uma pessoa com a necessária energia e motivação?
3. O candidato proposto é uma pessoa competente?
 - a. Tecnicamente competente
 - b. Capacidade de dar expressão aos valores da Constituição
4. O candidato proposto é uma pessoa experiente?
 - a. Tecnicamente experiente
 - b. Experiente em relação aos valores necessários à comunidade
5. O candidato proposto detém o potencial apropriado?
6. Simbolismo. Qual mensagem é dada à comunidade em termos gerais pela indicação desta pessoa?

A JSC vem sendo alvo de críticas nos últimos anos por opositores ao governo do *African National Congress* (ANC), partido político que governa o país ininterruptamente desde a revolução dos anos 1990. O diagnóstico que os opositores fazem é de que a ANC vem buscando ideologizar a Comissão com sua tese “transformista”, deixando de lado a preocupação com a seleção de nomes a partir de critérios técnicos⁵⁵.

Segundo Malan, a “transformação” é o principal pilar ideológico da ANC durante a atual ordem constitucional da África do Sul, e este parte do princípio de que todas as estruturas do poder, incluindo o exército, as polícias, as agências reguladoras, as agências de inteligências e os órgãos paraestatais devem estar submetidos às vontades do partido dominante no país⁵⁶.

Cabe a nós, portanto, analisarmos, a partir dos critérios definidos à aferição da impessoalidade na escolha dos juízes constitucionais, a nomeação dos atuais *Justices*, na busca de alguma conclusão útil ao deslinde do trabalho e às reflexões sobre as mudanças do sistema brasileiro.

Apesar de pontuais críticas aos atuais juízes constitucionais, concluímos que o processo de nomeação da ConCourt é notadamente impessoal. Nenhum dos critérios estipulados à aferição da impessoalidade foi verificado.

Assim, concluímos que a imaginação institucional da Constituição Sul-Africana de 1996, sob inspiração da Carta Interina de 93, de inserir no *processo de nomeação* um novo agente, pensado exclusivamente para as nomeações dos magistrados, produziu bons resultados, deslocando o debate sobre a impessoalidade da nomeação para fora do Executivo e do Judiciário.

proposed appointee possess appropriate potential? 6. Symbolism. What message is given to the community at large by a particular appointment?” Disponível em:

<https://constitutionallyspeaking.co.za/criteria-used-by-jsc-when-considering-judicial-appointments/>

⁵⁵ Para uma crítica contundente ao papel dos “transformistas” na JSC, ver RICKARD, Carmel. *How biased commission picks judges*. IOL, 8 de jun. de 2012. Disponível em:

<https://www.iol.co.za/the-star/how-biased-commission-picks-judges-1314419#.UuZO69L8Jkg>

⁵⁶MALAN, Koos. op. cit., p. 1971.

Hoje, como exposto, a comunidade jurídica e a sociedade civil da África do Sul procuram novos métodos de composição da JSC – e não da *ConCourt* –, o que, para nós, pode indicar, desde já, que o modelo lá instalado vem obtendo sucesso em proteger a jurisdição constitucional de qualquer margem para ataques mais robustos pelo ângulo da imparcialidade.

Sobre sua *estabilidade institucional funcional*, ressaltamos que a Corte é dotada de competência para exercer um amplo controle de constitucionalidade, assim como nos casos da Alemanha e do Brasil. O exercício dessa competência acaba sempre por colocar os Tribunais em rota de colisão com o poder político. O que devemos verificar é se, a partir dos 3 critérios definidos à medição da *estabilidade*, há algum incidente relevante de atentado à perenidade da Corte em sua história.

primeiro parâmetro, a saber, *interrupção do funcionamento* do tribunal, nunca foi, desde sua instalação no início dos anos 90, patentemente violado. A *ConCourt* vem desempenhando sua jurisdição de modo ininterrupto desde 1994.

Entretanto, é verdade que a Corte já sofreu, em algumas ocasiões, constrangimentos excessivos por parte do poder político, especialmente por aqueles partidários da “transformação” do Judiciário aos moldes ideológicos da ANC.

Como exemplo, cita-se o pronunciamento anual do partido de 2005, que pregou pela existência de um dever da Corte de esta se alinhar aos anseios da “maioria da população” e à “ideologia política dominante”⁵⁷. Outras várias manifestações públicas de líderes da ANC extrapolaram o limite da liberdade de expressão e acabaram por atacar a legitimidade da *ConCourt* e, em razão disso, a democracia⁵⁸.

Examinando-se o segundo parâmetro, qual seja, *cassação de decisões*, percebemos, desde já, que as decisões da Corte Constitucional não estão passíveis a controles externos. Assim, não há previsão constitucional à cassação válida de decisões prolatadas pelo tribunal.

⁵⁷ Congress, African National. **8 January statement of 2005**. 8 de jan. de 2005. Disponível em: <https://www.sahistory.org.za/archive/january-8th-statements-statement-national-executive-committee-occasion-93th-anniversary-anc>

⁵⁸ Um desses críticos violentos à Corte é Julius Malema, membro, por delegação da Assembleia Nacional, da *Judicial Service Comission*. Malema já chegou a dizer que se a Corte continuasse “fazendo o que estava fazendo” ela poderia acabar sendo destruída. Para ver mais sobre: *CRITICS of South Africa's judges are raising the temperature: legitimate, or dangerous?*. **The Conversation**, 22 de ago. de 2019. Disponível em: <https://theconversation.com/critics-of-south-africas-judges-are-raising-the-temperature-legitimate-or-dangerous-122209>

Não foram raras, contudo, ocasiões em que líderes governistas ameaçaram descumprir decisões polêmicas da Corte, especialmente aquelas que envolviam a declaração de inconstitucionalidade de políticas da ANC⁵⁹.

O único caso marcante de *descumprimento de decisões judiciais* deu-se recentemente, em fevereiro de 2021, envolvendo um grande escândalo de corrupção ocorrido durante o governo do Presidente Jacob Zuma, que governou o país de 2009 até sua renúncia, em razão deste mesmo escândalo, em 2018. Em termos gerais, a Corte determinou, em janeiro de 2021, que Zuma prestasse depoimento à Comissão de Investigação (“Comissão Zondo”)⁶⁰. Naquele que ficou conhecido como o primeiro descumprimento de uma decisão da *ConCourt* por um membro proeminente da ANC, Zuma, apesar de intimado, não compareceu para depor.

Em junho de 2021, em um ato histórico⁶¹ que demonstrou a estabilidade da jurisdição constitucional sul-africana, a *ConCourt* condenou Jacob Zuma a 15 meses de prisão, em regime fechado, pelo cometimento de crime de desobediência a ordem judicial⁶², restaurando a higidez do tribunal perante os demais poderes e os seus jurisdicionados.

Ainda no ponto da *cassação das decisões*, não encontrou-se nenhuma notícia relevante de *backlash* contra decisões da Corte Constitucional desde sua instalação.

Sobre o critério de *cassação de juízes*, a Seção 177 da Constituição sul-africana de 1996, que prevê a possibilidade de remoção, nunca foi usada contra um *Justice* da *Constitutional Court*.

Concluiu-se, portanto, a partir dos critérios para aferição da *impessoalidade na escolha dos Juízes* e da *estabilidade institucional e funcional da Corte* que o modelo sul-africano vem sendo notadamente exitoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁵⁹ Como exemplo, cita-se o caso em que o Executivo Federal, através da Ministra da Saúde, ameaçou desobedecer a uma eventual ordem da Corte Constitucional para que o Estado fornecesse tratamento médico adequado aos portadores do vírus HIV (ROUX, Theunis. *Principle and pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. International journal of constitutional law*, v. 7, n. 1, 2009. p. 125).

⁶⁰ SMIT, Sarah. *No one is above the law, Constitutional Court tells Zuma*. *Mail&Gardian*, 28 de jan. de 2021. Disponível em: <https://mg.co.za/politics/2021-01-28-no-one-is-above-the-law-constitutional-court-tells-zuma/>

⁶¹ MCKAISER, Eusebius. *Zuma's Arrest Is a Victory for the Rule of Law in South Africa*. *Foreign Policy*, 09 de jul. de 2021. Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2021/07/09/south-africa-zuma-arrest-victory-constitution-rule-of-law/>

⁶² HARDING, Andrew. op. cit.

As Propostas de Emenda à Constituição que visam a reforma do *sistema de nomeação* e o caráter vitalício do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal são legítimas, como expressões do constituinte derivado na direção de aperfeiçoar as instituições nacionais, e devem ser debatidas amplamente.

Por mais que, em política, o *timing* para a celebração dos debates também seja importante, espera-se que, em algum breve momento, o atual estado de *contempt of court* e de ataque às regras do jogo democrático seja superado, abrindo-se, assim, espaço para a reunião de todos interessados em aperfeiçoar a jurisdição constitucional no Brasil envolta de uma discussão séria e comprometida com os direitos fundamentais.

Buscou-se, neste trabalho, expor com cuidado a necessidade de se garantir a *impessoalidade no processo de nomeação* dos juízes e a *estabilidade institucional e funcional* das cortes constitucionais.

A tarefa que se perseguiu foi a de contribuir, mesmo que minimamente, com esse necessário debate sobre o aperfeiçoamento do Supremo Tribunal Federal, especialmente partindo-se do quanto proposto nas PECs 35/2015, 59/2015, 16/2019 e, reunidamente, no Substitutivo elaborado pelo Senador Anastasia.

De um modo geral, utilizou-se do método do direito comparado para descobrir se uma eventual imposição de *mandatos* de 10 anos aos Ministros do STF e a alteração do *sistema de nomeação*, reduzindo-se a discricionariedade do Presidente da República a escolha de somente 3 nomes contidos em uma lista, induzirão uma maior *impessoalidade na escolha* e uma sólida *estabilidade institucional e funcional* da Corte. Para tanto, elegeu-se os modelos do Tribunal Constitucional Federal Alemão e da Corte Constitucional da África do Sul.

No modelo alemão, com o *processo de nomeação* concentrado no legislativo e com a existência de *mandatos* de 12 anos, percebeu-se um *processo de nomeação pouco impessoal*, especialmente por sê-lo muito pautado na política partidária nacional (incidência do critério que identificamos como *identidade político-partidária*), mas, em contrapartida, identificou-se uma Corte **extremamente estável**, com nenhuma ocorrência de interrupção de seu funcionamento, cassação de suas decisões ou cassação de seus juízes desde sua instalação.

Atribui-se à pouca impessoalidade na escolha dos juízes alemãos um modelo facilmente capturável como objeto do varejo da política partidária; já em relação à notável estabilidade, atribui-se como sua causa a existência de mandatos e o contexto histórico-social alemão.

No modelo sul-africano, com o *processo de nomeação* concentrado em um agente heterodoxo, a *Judicial Service Comission*, que, pluralmente constituída, entrevista publicamente os candidatos para, só então, formular uma lista ao Presidente da República, e

com a existência de *mandatos* de 12 ou 15 anos, percebeu-se, a despeito da jovialidade da Corte, um *processo de nomeação notadamente impessoal*, com nenhum caso incidindo nos critérios definidos de *proximidade afetiva ou de interesses pessoais, identidade político-partidária ou proximidade de pautas*; e, ao mesmo tempo, conheceu-se uma Corte Constitucional que, apesar de injustamente atacada e ameaçada por certos membros do *establishment* nacional, consegue, ainda, demonstrar-se **absolutamente estável**.

Reputa-se a expressiva impessoalidade no *processo de nomeação* sul-africano à existência e atuação da *Judicial Service Comission*; no que diz respeito à estabilidade do tribunal, buscou-se demonstrar a complexidade da construção histórica recente da democracia constitucional da África do Sul, reconhecendo-se, nesse contexto, a enorme conquista da Corte Constitucional em se firmar como uma instituição perene de proteção dos direitos fundamentais naquele país. Creditou-se a expressiva estabilidade à existência de mandatos, o que garante a previsibilidade na mudança jurisprudencial por uma transformação “menos lenta” (em relação ao Brasil) da composição da corte, evitando-se, também, que a posição de juiz constitucional se confunda com seus sempre transitórios ocupantes, e, ainda, à permanente memória social do pacto constitucional que aniquilou o regime do apartheid.

Diante de tais constatações, podemos traçar as seguintes conclusões.

Em relação à alteração do *sistema de nomeação* dos Ministros do STF nos moldes propostos, conclui-se que esta pode, se bem estruturada, promover uma maior impessoalidade na escolha dos Ministros e uma estabilidade institucional e funcional da Corte mais robusta.

Ressalva-se, entretanto, que são pontos relevantes à efetivação da impessoalidade sul-africana o processo de intensa arguição pública pela *Judicial Service Comission* (o que, como se sabe, o Senado Federal Brasileiro não faz), somado à previsão de critérios capacitivos mais objetivos e rigorosos. É preciso zelo para que, na intenção de construir um modelo mais impessoal, não se acabe instituindo um desenho percebível como corporativista ou pouco transparente.

Já quanto a imposição de mandatos, entendemos, firmemente – e com maior grau de assertividade –, que tal estipulação irá promover uma melhoria acentuada na estabilidade da corte e na impessoalidade da escolha de seus Ministros.

REFERÊNCIAS

BALEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 5, p. 9-44, 2001.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no brasil**. 5. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: LTC, 2020.

_____. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BURRIEZA, Ángela Figueruelo. Novas tendências do Direito Constitucional na Europa. Tradução de Maria Auxiliadora Castro e Camargo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 44, n. 174, p. 73-95, 2007

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2018.

CEIA, Eleonora Mesquita. A decisão do tribunal constitucional federal alemão sobre a constitucionalidade do tratado de Lisboa. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. **Sequência** (Florianópolis), p. 123-150, 2018.

COMISSION, Judicial Service. Summary Of The Criteria Used By The Judicial Service Commission When Considering Candidates For Judicial Appointments. Special Sitting, Johannesburg, 10 de set. de 2010. Disponível em:

<https://constitutionallyspeaking.co.za/criteria-used-by-jsc-when-considering-judicial-appointments/>

DA ÁFRICA DO SUL, Constituição Federal. Constituição da República da África do Sul de 1996.

_____, Constituição Federal Interina. Constituição Interina da República da África do Sul de 1993.

DA ALEMANHA, Lei Fundamental. Lei Fundamental da Alemanha de 1949.

DO BRASIL, Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DO BRASIL, Senado Federal. Projeto de Emenda nº 35 de 2015. Disponível em:
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>.

DO BRASIL, Senado Federal. Projeto de Emenda nº 59 de 2015. Disponível em:
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121333>.

DO BRASIL, Senado Federal. Projeto de Emenda nº 16 de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135817>.

DWORKIN, Ronald. **A Kind of Coup**. The New York Review, 14 de jan. de 1999. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/1999/01/14/a-kind-of-coup/>

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

HAUTEVILLE, Jean-Michel. Why even Germany's Federal Constitutional Court has a politics problem. Handelsblatt Today. 11 de set. de 2018. Disponível em: <https://www.handelsblatt.com/english/politics/handelsblatt-explains-why-even-germanys-federal-constitutional-court-has-a-politics-problem/23580560.html?ticket=ST-10146242-b3LgXbDVSG5yuhOZSvAN-ap4>

JUBÉ, Andrea. Cotado para STF, Kássio Nunes é ‘garantista’ e tem apoio de Flávio Bolsonaro. Valor Econômico. 30 de set. de 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/09/30/cotado-para-stf-kassio-nunes-e-garantista-e-tem-apoio-de-flavio-bolsonaro.ghtml>

KADANUS, Kelli. Quem está por trás da indicação de Kassio Nunes Marques ao Supremo Tribunal Federal. Gazeta do Povo, 05 de out. de 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/kassio-nunes-marques-stf-quem-esta-por-tras-indicacao/>

KRIEGLER, Johann. **The Constitutional Court of South Africa**. Cornell Int'l LJ, v. 36, 2003.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MACEDO, Fausto. Gilmar vota contra liberação de cultos e missas, critica Aras e Mendonça e diz que Brasil se tornou ‘pária’ na pandemia. O Estado de S. Paulo. 07 de abr. de 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stf-julga-hoje-liberacao-de-cultos-e-missas-presenciais-na-pandemia-entenda/>

MALAN, Koos. Reassessing judicial independence and impartiality against the backdrop of judicial appointments in South Africa. **Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad**, v. 17, n. 5, p. 1964-2040, 2014, p.1966.

MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

NETO, João Costa. *A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?* In: **Observatório Da Jurisdição Constitucional**, 2014. Disponível em: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019.

RICKARD, Carmel. How biased commission picks judges. IOL, 8 de jun. de 2012. Disponível em: <https://www.iol.co.za/the-star/how-biased-commission-picks-judges-1314419#.UuZQ69L8Jkg>

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. Politética. **Revista de Ética e Filosofia Política**, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

STRECK, Lenio Luiz. O STF sendo atacado e o MP fica arrumando o Van Gogh da parede. Portal Consultor Jurídico, 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-abr-25/senso-incomum-stf-sendo-atacado-mp-fica-arrumando-van-goghparedes>

TAVARES, André Ramos. Anacrônico e pouco transparente, modelo de indicação para STF precisa mudar. Folha de S. Paulo, São Paulo, 17 out. 2020. Ilustríssima - Opinião. Disponível em:

https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/10/anacronico-e-pouco-transparente-modelo-de-indicacao-para-stf-precisa-mudar.shtml?utm_source=mail&utm_medium=social&utm_campaign=compmail

THOMAS, Ph J.; VAN DER MERWE, Cornie G.; STOOP, Ben C. **Historical foundations of South African private law**. África do Sul, Durban: Butterworth-Heinemann, 2000.

TOMMASINI, Nicola; RICCETTO, Pedro Arcain; ROZNAI, Yaniv. When backlashes and overrides do not scare: the power to review constitutional amendments and the case of Brazil's Supreme Court. **International Journal of Human Rights and Constitutional Studies**, v. 8, n. 1-2, p. 80-96, 2021.