

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Luiza Leandra Ferreira

**Há Jurisprudência de Crise no Brasil? A Crise Institucional e o Supremo
Tribunal Federal**

Florianópolis, 2022

Luiza Leandra Ferreira

Há Jurisprudência de Crise no Brasil? A Crise Institucional e o Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.

Coorientador: Eduardo de Carvalho Rêgo, Dr.

Florianópolis, 2022.

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Ferreira, Luiza Leandra
Há Jurisprudência de Crise no Brasil? A Crise
Institucional e o Supremo Tribunal Federal / Luiza Leandra
Ferreira ; orientador, Luiz Henrique Urquhart
Cademartori, coorientador, Eduardo de Carvalho Rêgo, 2022.
76 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Crise institucional. 3. Democracia
defensiva. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Jurisprudência
da Crise. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart . II.
Rêgo, Eduardo de Carvalho. III. Universidade Federal de
Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

Luiza Leandra Ferreira

Há Jurisprudência de Crise no Brasil? A Crise Institucional e o Supremo Tribunal
Federal

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.

Coordenação do Curso

Banca examinadora:

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.
Orientador

Renato Lisboa Altemani
Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Glexandre de Souza Calixto
Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 2022.

AGRADECIMENTOS

No livro "O filho de mil homens", Valter Hugo Mãe escreveu: "Somos o resultado de tanta gente, de tanta história, tão grandes sonhos que vão passando de pessoa a pessoa, que nunca estaremos sós." A frase que guardo com apreço faz ainda mais sentido agora, momento em que, ao olhar em retrospectiva, percebo quantas pessoas foram importantes no meu caminho.

Agradeço aos meus pais, Marcia e Luiz, meus maiores exemplos de integridade e amor incondicional, que ouviram atentamente os desabafos e momentos de empolgação, compartilharam das preocupações e alegrias durante a graduação e não pouparam esforços para que eu chegasse até aqui. Para além de todas as tarefas e incumbências como pais, foram também os meus colegas de classe no período da pandemia, acompanhando as aulas on-line com empolgação até o final das noites. Qualquer tentativa de agradecimento jamais será suficiente para celebrar o carinho e a dedicação incansável de vocês ao longo desses vinte e dois anos.

Às minhas amigas, irmãs que escolhi para compartilhar a caminhada. Às que chegaram depois e àquelas que estiveram aqui desde o princípio: Isabella, Natália e Catarina.

Aos amigos de graduação, companheiros dos últimos cinco anos: Alessandro, Diogo, Júlia, Karina e Henrique.

Ao meu avô Aurélio, que me mostrou na infância que o conhecimento seria a minha maior fonte de felicidade, mesmo nos tempos adversos. Aos avós Judith, Eunice e Anísio.

À equipe do Des. Evangelista, que me proporcionou a primeira experiência profissional e ensinou que o Direito é muito mais sobre pessoas do que leis, na figura dos amigos Danielle e Renato.

Ao querido Afonso, por escolher compartilhar comigo a sua confiança nas coisas lindas da vida.

Aos caros orientadores Dr. Luiz Henrique Cademartori e Dr. Eduardo Rêgo que compartilharam as suas ideias, tempo e atenção. Também ao Professor Dr. Luiz Magno por sua generosidade e contribuição.

À Mara, porque chegamos até aqui.

"Quando o espírito da liberdade ainda vive nos corações dos homens e mulheres, as Cortes de Justiça e a Constituição são o oxigênio indispensável, essencial para manter viva esta chama da liberdade." (Ronald Dworkin)

RESUMO

O presente trabalho se propõe a tratar da atuação do Supremo Tribunal Federal em cenário de crise institucional, buscando compreender a legitimidade das medidas tomadas pelo Tribunal na defesa ativa do Estado Democrático de Direito. Para isso, utiliza os estudos de Luigi Ferrajoli e Ronald Dworkin sobre democracia substancial, assim como realiza considerações sobre os papéis atribuídos ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição da República de 1988. Pontua a erosão democrática em curso no país, assim como analisa os impactos do populismo autoritário, motivos pelos quais pondera sobre a indissociabilidade entre a jurisprudência e a situação de crise. Analisa a possibilidade de uma delimitação teórica da produção jurídica no período de instabilidade institucional. Para tanto, utiliza o conceito português “Jurisprudência da Crise” para demonstrar que a postura ativa do STF é justificada apenas com a constatação de ameaças concretas ao sistema democrático, o que autoriza que o Tribunal atue de acordo com a teoria da democracia defensiva.

Palavras-chave: erosão democrática; democracia defensiva; jurisprudência da crise.

ABSTRACT

The present study intends to analyze the performance of the Federal Supreme Court in a scenario of institutional crisis, seeking to understand the legitimacy of the measures taken by the Court, in the active defense of the Democratic State of Law. For this purpose, it uses studies by Luigi Ferrajoli and Ronald Dworkin on substantial democracy, as well as considers the roles assigned to the Federal Supreme Court by the 1988 Constitution. It points out the ongoing democratic erosion that took place in the country, as well as analyzes the impacts of authoritarian populism, reasons why it considers the inseparability between jurisprudence and the crisis situation. It analyzes the possibility of a theoretical delimitation of legal production in the period of institutional instability. To this end, it uses the Portuguese concept “Jurisprudence of Crisis” to demonstrate that the active stance of the STF is justified only with the finding of concrete threats to the democratic system, which authorizes the Court to act in accordance with the theory of defensive democracy.

Keywords: democratic decline; defensive democracy; jurisprudence of crisis.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO | 5 |
| 1.1 DEMOCRACIA: CONCEITO MAJORITÁRIO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL | 5 |
| 1.2 A ESFERA DO INDECIDÍVEL | 10 |
| 1.3 O PARADOXO DA TOLERÂNCIA E A DEMOCRACIA MILITANTE | 15 |
| 1.3.1 O paradoxo da tolerância de Karl Popper | 15 |
| 1.3.2 A democracia militante e defensiva | 17 |
| 1.4 A CARTA BRASILEIRA DE 1988 E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 20 |
| 1.4.1 A constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal | 20 |
| 1.4.2 O STF como resposta: governar no vazio e a judicialização da política | 23 |
| 1.4.3 Corte Constitucional: dificuldade contramajoritária e papel representativo | 28 |
| 2 CONTEXTO BRASILEIRO: A CRISE INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA | 31 |
| 2.1 EROÇÃO DEMOCRÁTICA | 31 |
| 2.2 O POPULISMO AUTORITÁRIO | 35 |
| 2.3 BRASIL: BREVE HISTÓRICO DA CRISE INSTITUCIONAL | 38 |
| 2.4 POPULISMO AUTORITÁRIO NO BRASIL: O GOVERNO DE JAIR BOLSONARO | 40 |
| 3 A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NO BRASIL | 43 |
| 3.1 JURISPRUDÊNCIA DE CRISE | 43 |
| 3.2 A JURISPRUDÊNCIA SOB CRISE INSTITUCIONAL | 46 |
| 3.3 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CASOS EMBLEMÁTICOS | 47 |
| 3.3.1 Medida Provisória 928/2020 (limitação ao direito de informação) | 47 |
| 3.3.2 ADPFs 668 e 669 (campanha "O Brasil não pode parar") | 50 |
| 3.4 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA CRISE DEMOCRÁTICA..... | 52 |
| 3.5 CAMINHOS PARA O FUTURO: RETOMADA DEMOCRÁTICA | 56 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 58 |

| | |
|---|-----------|
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 61 |
|---|-----------|

INTRODUÇÃO

A crise institucional no Brasil se prolonga desde os protestos populares realizados em 2013, iniciados com o argumento de combate à corrupção, mas que acabaram por agregar pautas diversas sob o sentimento de descrença popular nos representantes políticos. A polarização ideológica se agravou e fatores como a fragmentação partidária no Congresso Nacional, a operação Lava-Jato e a falta de diálogo entre os poderes Executivo e Legislativo também agravaram a situação.

O embate entre poderes foi ainda mais acentuado com o impeachment de Dilma Rousseff, e a instabilidade democrática encontrou o seu ápice com a eleição de um chefe do Poder Executivo autointitulado anti-sistema.

Assim como no caso de Donald Trump nos Estados Unidos, durante a corrida presidencial o candidato Jair Bolsonaro se colocou como um *"outsider"* – alguém de fora do sistema político tradicional, disposto a lutar contra práticas antigas como a corrupção e o que denominava poder excessivo das instituições. Logo o seu discurso passou a ser enquadrado por estudiosos da política como um caso de "populismo autoritário", fenômeno que se fundamenta na polarização tóxica entre grupos políticos, discursos *anti-establishment* e falas com alto apelo popular.

A ascensão de líderes autoritários é percebida de maneira recorrente na última década e não se limita ao cenário brasileiro com a eleição de Jair Bolsonaro em 2018. Políticos populistas como Donald Trump nos Estados Unidos, Viktor Orban na Hungria, Recep Tayyip Erdoğan na Turquia e, mais recentemente, Giorgia Meloni na Itália, acenderam os alertas para um autoritarismo criado dentro do próprio sistema democrático – revestido de aparências de legalidade e legitimado pela vontade popular.

O fenômeno denominado "erosão democrática", que consiste na gradual degradação da democracia sem um rompimento absoluto do sistema, se encontra crescente ao redor do mundo. É o que demonstram os levantamentos de institutos como o Centro de análise da liberdade e do autoritarismo (LAUT), o Freedom House e o V-Dem, (Varieties of Democracy).

Os ataques ao sistema democrático brasileiro, às instituições e aos direitos fundamentais não têm origem apenas dentro da estrutura dos Poderes, mas também contam com o apoio de grupos extremistas, embasados em princípios antidemocráticos. Instituições como o Supremo Tribunal Federal (STF) recebem

ameaças tanto por parte da população, quanto por parte de importantes líderes políticos e o fechamento do STF tem sido pauta em diversas manifestações populares. Em oposição aos períodos anteriores, quando o Tribunal reivindicou para si o papel de representar a "voz das ruas" com o objetivo de preencher as lacunas deixadas pela crise representativa, no período de crise institucional o mesmo concentrou-se em seu caráter contramajoritário.

Considerando as ameaças realizadas contra o sistema constitucional, o presente trabalho busca compreender os conceitos de "democracia", de "constitucionalismo" e de "democracia constitucional" utilizando o paradigma garantista proposto por Luigi Ferrajoli. O autor diferencia a democracia majoritária – que consiste simplesmente na eleição de líderes pelo critério da maioria – da democracia substancial (ou constitucional) – que pressupõe a proteção e garantia de direitos fundamentais estabelecidos em uma Carta Constitucional como condição de existência para o exercício democrático.

Estes valores democráticos essenciais, protegidos pela Constituição brasileira sob o *status* de cláusulas pétreas, constituem o que o mesmo autor denominou "núcleo do indecível", que compreende direitos e garantias fundamentais que não podem ser dispostos à vontade arbitrária das maiorias: necessitam ser guardados de modo que não estejam sujeitos às mudanças de governo, pois sua extinção tornaria inviável o exercício da democracia.

Desse modo, a existência dos direitos fundamentais deve antever a discussão majoritária, pois é condição de possibilidade do processo de voto e decisão popular. Como exemplos, é possível citar o direito à livre manifestação e associação política, bem como o direito ao voto e às eleições justas e transparentes.

No contexto de crise democrática, quando os pressupostos fundamentais da saúde institucional são frontalmente atacados pela população e por seus representantes políticos, o papel das Cortes Constitucionais se destaca, e surgem os questionamentos sobre os limites de sua atuação na defesa do sistema constitucional, bem como acerca de sua legitimidade para tanto.

O estudo busca ainda compreender se os elementos de instabilidade institucional que ora se apresentam legitimam que a ação das Cortes Constitucionais avance para além do normal exercício de suas atribuições. Propõe ainda uma delimitação teórica da jurisprudência criada no período em questão, de modo a aumentar a segurança jurídica. Para tanto, utiliza-se do conceito "Jurisprudência da

Crise", nos moldes do ocorrido em Portugal entre 2011 e 2013, em casos relacionados às políticas de austeridade. A Jurisprudência da Crise se apresenta quando a situação de instabilidade se confunde com a razão de decidir, de modo que qualquer análise jurisprudencial não poderá ser realizada sem profunda investigação do contexto de sua criação.

Tanto no trato da pandemia, quanto na leitura da crise institucional, as decisões da Corte Brasileira precisaram lidar com consequências inéditas – que por vezes poderiam ser apenas presumidas e calculadas, mas não propriamente conhecidas.

Na definição dos seus objetivos, o presente estudo busca analisar a hipótese de que, sob a ameaça de ruptura democrática causada por governos populistas autoritários, o Poder Judiciário possa utilizar do seu caráter contramajoritário para defender a integridade do sistema de forma legítima. Considera a possibilidade um recorte a ser realizado, baseado em critérios objetivos, de modo a resguardar o princípio da segurança jurídica.

Destaca ainda, como objetivos específicos, realizar a comparação entre os argumentos que fundamentaram as decisões do STF no período de maior ativismo judicial e a jurisprudência defensiva compreendida no período entre 2018 e 2022; analisar a possibilidade de existência de uma jurisprudência de crise no País, bem como os limites da atuação do Judiciário em nome da defesa democrática e, por fim, delimitar critérios objetivos que definam a situação de crise democrática, de modo a autorizar uma postura diferenciada por parte do Supremo Tribunal Federal.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, de acordo com o qual parte-se de argumentos gerais para argumentos particulares. Inicialmente, são apresentados os argumentos e teorias que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais.

Já o levantamento de dados foi realizado de forma indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, a partir de materiais já publicados em livros, artigos, dissertações e teses nas áreas de Direito Constitucional, Teoria Política e Processo Constitucional.

1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

1.1 DEMOCRACIA: O CONCEITO MAJORITÁRIO E A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Desde o surgimento da Democracia, diversas são as tentativas de conceituá-la. De acordo com a definição dominante, a democracia idealmente seria um regime onde o maior número de pessoas – preferencialmente todos os participantes de uma sociedade, de acordo com a concepção Aristotélica – pudessem participar do processo de tomada de decisões. Para conferir maior validade a estas decisões que, mesmo tomadas por indivíduos, vinculam a todos, é preciso estabelecer quais são os indivíduos qualificados ao voto e quais as normas e procedimentos adequados.

É o que apresenta Norberto Bobbio na obra *O Futuro da Democracia*:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.¹

De acordo com esse entendimento, Bobbio argumenta que, sob tal conceito, é possível afirmar que os contínuos processos de democratização pelos quais alguns países passaram no século passado definem-se diretamente pelo alargamento do número de indivíduos votantes.

Já no que diz respeito à forma de decidir, o autor compreende que a regra fundamental para a tomada de decisões dentro da democracia é a regra da maioria, apesar da ressalva sobre a necessidade de uma terceira condição para além da capacidade e forma: que aos chamados a decidir sejam colocados diante de alternativas reais e em condições de poder escolher entre uma e outra.²

A vontade da maioria, entende Ronald Dworkin³, nem sempre é a garantia da decisão correta, mas apenas uma forma de concretização da democracia, mais especificamente da democracia representativa. O autor argumenta que a simples vontade da maioria nem sempre produz resultados justos em uma sociedade,

¹ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 11ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

² *Ibidem*.

³ DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and Democracy*. *European Journal of Philosophy*, n.3, v.1, p. 2-11, abril, 1995.

deixando de apresentar os ideais de liberdade e igualdade política, princípios basilares na elaboração do modelo democrático.

É o que expõe na obra *A Raposa e o Porco-Espinho*:

Será a democracia, entendida como o governo da maioria, valiosa em si mesma? Isso parece no mínimo duvidoso. Por que o fato de um número maior de pessoas favorecer determinado curso de ação seria um sinal de que o curso favorecido é melhor ou mais justo? Poderíamos responder: quando os membros de um empreendimento conjunto discordam acerca do que deve ser feito, a única solução justa é a contagem de votos. Mas essa tese deve ser rejeitada enquanto princípio universal do jogo limpo: não é automaticamente verdadeira.⁴

Em alternativa ao modelo majoritário de democracia (*statistical*), Dworkin propõe o modelo participativo (*communal*), que é a ação coletiva em um sentido mais profundo: necessita que os indivíduos reconheçam a existência do grupo como uma entidade própria, um fenômeno à parte, de modo a atribuir igual respeito e consideração para com os cidadãos, o que considera por igualdade política como *status*.⁵

Assim como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli também trata do conceito dominante de democracia, a *democracia mayoritaria*, que equivale ao poder decisório da maioria, de modo direto ou por meio de seus representantes. Este modelo é reconhecido como a democracia em dimensão formal, ou procedimental. A sua legitimidade e fundamentação encontram-se nos procedimentos adotados para garantir a expressão da vontade popular.⁶

Para a democracia procedimental, basta o estabelecimento das formas e procedimentos para garantir a expressão da vontade popular por meio do critério majoritário. É discutido apenas "quem vota" (o povo e seus representantes) e "como vota" (a regra da maioria). Assim, independentemente do resultado e matéria da votação, tudo aquilo que for decidido pela maioria será democrático.

Ferrajoli afirma, no entanto, que a ideia de democracia como a onipotência da maioria é abertamente inconstitucional, uma vez que a Constituição é, sobretudo, um sistema de limites e vínculos a toda forma de poder.⁷

Em sua obra *Democracia y garantismo*, explicita o autor:

⁴ Idem. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 532.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and Democracy*, op. cit.

⁶ NEVES, Isadora Ferreira. Democracia, garantismo e direitos fundamentais: uma observação do papel da jurisdição no garantismo de Ferrajoli. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v.13, n. 1, jan./jun. 2012.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, p. 26.

“[...] a ideia de que o consenso da maioria legitima qualquer abuso; enfim, a rejeição do sistema de mediações, limites, freios e contrapesos que constituem a substância daquilo que constitui, ao contrário, o que podemos chamar de "democracia constitucional". (tradução nossa)⁸

O autor entende que a democracia majoritária muito se assemelha à nova ideia de democracia liberal: décadas atrás, democracia liberal significava um sistema que respeitava o dissenso, as minorias, assim como as liberdades individuais. Ao prezar pelo Estado de Direito, a democracia liberal era um sistema que priorizava a separação de poderes, assim como a divisão entre as esferas pública e privada. No entanto, no atual entendimento, a democracia liberal tornou-se sinônimo de uma ausência de limites, não apenas às liberdades de mercado como aos poderes da maioria, de modo que tanto a esfera pública, quanto a privada, deixam de respeitar as formas de regras e controles.

É também nesta mudança de paradigma que residem os conflitos que identificamos entre democracia, liberalismo e Constituição, vez que a ideia de liberalismo encontra-se desvirtuada, interpretada pela sociedade como a libertação de toda e qualquer regra ou delimitação. A Democracia não conseguirá ser, ao mesmo tempo, liberal e constitucional.

Apesar de reconhecer a democracia procedimental como parte importante do processo democrático – quer seja, a existência de uma dimensão formal que instrumentalize e possibilite as decisões de acordo com a vontade majoritária – Ferrajoli compreende que, sem a delimitação substancial do conteúdo disponível (ou não) para a deliberação da maioria, não se efetiva o pleno exercício democrático.

É em contrapartida ao conceito de democracia como onipotência da maioria que Ferrajoli apresenta a sua definição de democracia constitucional, que em seu cerne possui a imposição de limites ao poder por meio de carta constitucional. Além disso, o autor considera que a democracia é um sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio de poderes, como leciona no seguinte trecho:

A essência do constitucionalismo e do garantismo, ou seja, do que chamei de "democracia constitucional", reside justamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, o que, conseqüentemente, postula uma concepção de democracia como um sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e substância ao

⁸ Ibidem, p. 25. Do original: "[...] la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar «democracia constitucional»."

seu exercício, de garantias de direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra as suas violações. (tradução nossa)⁹

O autor define como marco da mudança de paradigma a elaboração das constituições europeias no pós-guerra, no período entre 1945 e 1949, que marcam o fim do período denominado "paleopositivista", ou mesmo "estado liberal pré-constitucional". Apesar de já existirem nos antigos sistemas jurídicos, as constituições eram colocadas no mesmo patamar das demais leis – o que explica a fácil deposição das cartas constitucionais pelo fascismo, sem o alerta de golpe ou ruptura institucional.

Os horrores percebidos no contexto da Segunda Guerra Mundial demonstraram a necessidade de cartas constitucionais robustas frente a percepção de que aqueles direitos, outrora tidos como naturais e inalienáveis, poderiam ser suprimidos arbitrariamente se não encontrassem, para além da suposta garantia moral, a reserva por meio da letra da lei.

Nessa toada, leciona Marcus Vinícius Xavier de Oliveira:

Esses direitos absolutos ou não restringíveis de que cuidamos surgem a partir da magna trepidatio que foram a 2ª Guerra Mundial, Auschwitz e a Experiência Totalitária, concebida por Hannah Arendt como a manifestação política daquilo que ela denomina de descartabilidade da vida humana. Se na tradição ocidental a vida humana sempre fora concebida como o direito humano *par excellence* a partir do qual todos os demais direitos defluíam, a experiência totalitária nos demonstra como, quebrando-se referida tradição, a vida humana passa a ser descartável e submetida ao poder totalitário na forma de uma negação absoluta da cidadania – impolítica, paternalismo político e minoridade cívica, seja na forma da matabilidade da vida que se decide não merecer ser vivida.¹⁰

A necessidade de entrincheirar dispositivos constitucionais da arbitrária vontade popular, ou mesmo das vontades um chefe de governo, ganhou força com a constatação de que Hitler alterou o significado da Constituição de Weimar de 1919 utilizando procedimentos de emenda que não barraram a reforma das suas cláusulas mais fundamentais.¹¹

⁹ Ibidem, p. 27. Do original: "La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado «democracia constitucional», reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones."

¹⁰ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Existem Direitos Absolutos? Direitos Humanos, Autonomia do Direito e a Esfera do Indecidível. *Revista de Direito da Cidade*, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 736-759, 16 jan. 2019. Universidade de Estado do Rio de Janeiro, p. 10.

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Cia das Letras, 2018, p. 96.

Daniel Sarmento, acerca da matéria, elucida que as constituições europeias promulgadas após a Segunda Guerra Mundial deixaram de delegar a tarefa de decisões importantes às maiorias legislativas, de modo que se tornaram documentos "repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições"¹².

As novas constituições europeias inovaram pela necessidade de relação entre a legalidade e a estrutura rígida dos textos normativos. As leis não seriam válidas levando-se em consideração apenas a forma e procedimento de sua produção, mas também o seu conteúdo, de modo que o legislador passa a encontrar limites impostos à sua atuação por uma Lei Maior.

Luís Roberto Barroso, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo Contemporâneo*, acerca deste momento histórico, assevera:

Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de forma normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração.¹³

É com o surgimento da democracia constitucional que ascende a possibilidade de um "direito que se sobrepõe ao direito", da criação de uma norma soberana e suprema que possa vir a regular as demais. É quando a criação das normas jurídicas passa a submeter-se não apenas aos critérios formais de elaboração, mas também aos critérios materiais:

Tudo isso muda radicalmente com a afirmação, ou, se quisermos, com o reconhecimento, da constituição como norma suprema, à qual todas as outras normas estão rigidamente subordinadas. Graças à garantia ilustrada diante da rigidez constitucional, a legalidade muda de natureza: não é apenas condicionante e disciplinadora, mas é ela mesma condicionada e disciplinada por vínculos jurídicos não apenas formais, mas também substanciais; não é mais simplesmente um produto do legislador, mas também uma projeção jurídica do próprio direito e, portanto, um limite e um vínculo para o legislador. (tradução nossa)¹⁴

¹² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 22 set. 2022.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva Editora, 2009, p. 245.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo, op. cit., p. 30. Do original: "Todo esto cambia radicalmente con la afirmación, o si se quiere con el reconocimiento, de la constitución como norma suprema, a la cual todas las otras normas están rigidamente subordinadas. Gracias a la garantía ilustrada antes de la rigidez constitucional, la legalidad cambia de naturaleza: no es sólo condicionante y disciplinante, sino que ella misma es condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no sólo formales, sino también sustanciales; ya no es simplemente un producto del legislador, sino que también es proyección jurídica del derecho mismo y por ende límite y vínculo para el legislador."

Substancialmente, essa norma superior – a carta constitucional – terá em seu núcleo rígido os direitos fundamentais, que são da titularidade de todos. É na titularidade comum dos direitos e garantias fundamentais, no entendimento de Luigi Ferrajoli, que reside o cerne da democracia e da soberania popular.

A Constituição, assim, define-se também pela positivação dos direitos fundamentais por meio de um núcleo rígido, imutável, do que está no âmbito da discussão da maioria e do que "não pode ser decidido". Essa rigidez constitucional serve, portanto, como elemento central no controle da vontade das maiorias.¹⁵

1.2 A ESFERA DO INDECIDÍVEL

Do conceito de democracia de Luigi Ferrajoli decorre a ideia do núcleo do indecidível, esfera de proteção dos direitos fundamentais, essenciais para o exercício democrático, não sujeitos às vontades da maioria.

Para o autor, os Direitos Fundamentais são inalienáveis e não transacionáveis, de modo que devem estabelecer limites e vínculos aos poderes, em vez de serem limitados por suas ações e criações jurídicas. A necessidade de se estabelecer uma delimitação no ordenamento jurídico para a proteção dos direitos fundamentais frente à maioria não os desqualifica como universais e, inclusive, são independentes da análise de seu conteúdo. Sustenta que direitos e garantias não se confundem: a ausência de garantias não nega a existência de um direito fundamental.

Ainda, em oposição à tradicional classificação dos direitos civis, o autor divide os direitos em três categorias: os direitos positivos, os direitos negativos e os direitos patrimoniais:

Entendo por direitos fundamentais, em oposição aos direitos patrimoniais, como os de propriedade e de crédito, que são direitos singulares que cada indivíduo adquire com exclusão de outros, aqueles direitos universais e, portanto, indispensáveis e inalienáveis, que são atribuídos diretamente pelas normas jurídicas a todos enquanto pessoas, cidadãos ou capazes de agir: sejam direitos negativos, como os direitos de liberdade, aos quais correspondem as proibições de ferir; ou de direitos positivos, como os direitos sociais, aos quais correspondem às obrigações de prestação por parte do poder público (tradução nossa)¹⁶

¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*, op. cit., p. 94.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, op. cit., p. 61. Do original: "Entiendo por derechos fundamentales, en oposición a los derechos patrimoniales, como la propiedad y el crédito, que son derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás aquellos derechos

Desta forma, para Luigi Ferrajoli, os Direitos Fundamentais são a dimensão substancial da democracia, estabelecendo os limites essenciais às decisões do legislador.

A proteção dos direitos fundamentais pode ser encontrada em outros momentos da história do direito: é possível partir da ideia do italiano Norberto Bobbio sobre o território do inviolável, que pressupõe a garantia dos direitos-base do Estado de Direito.

Nesse contexto, o poder exercido pelo Estado deve ser limitado pelo reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo:

Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático. As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo.¹⁷

O estabelecimento de um núcleo rígido nas cartas constitucionais evita que, com uma capacidade ilimitada sobre a matéria de deliberação democrática, o sistema seja capaz de suprimir a si mesmo. Algumas dessas hipóteses seriam, por exemplo, o fim do direito ao voto, ou mesmo a extinção da democracia por meio da eleição de líderes antidemocráticos.

No mesmo sentido, o jurista holandês George van den Bergh¹⁸ compreende que a democracia possui como pressuposto fundamental o processo permanente de autocorreção: os regimes democráticos devem oferecer aos cidadãos a capacidade de, a qualquer momento, reconsiderar e reverter as decisões tomadas no passado.

É o que leciona João Gabriel Madeira Pontes em referência à obra de Van den Bergh:

Sendo assim, qualquer tentativa de aniquilação dos pressupostos funcionais da democracia como processo de permanente autocorreção – a saber: (i) a

universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar: ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos."

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*, op. cit., p. 19.

¹⁸ VAN DEN BERGH, George. *De democratische staat en de niet-democratische partijen*. Amsterdã: De Arbeiderspers, 1936, pp. 09-10, citado por PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*, op. cit.

participação popular na avaliação do governo mediante o exercício do direito de voto, (ii) a competição política por meio do pluripartidarismo e do sufrágio passivo, e (iii) o livre debate de ideias – abre margem para a incidência da democracia militante.¹⁹

Também Ronald Dworkin compreende que, para além da regra da maioria, a Democracia pressupõe a existência de condições básicas e comuns aos indivíduos – tanto na esfera da igualdade política, quanto no estabelecimento de regras e limites ao poder da maioria.

Sob este pressuposto, a legitimidade conferida ao processo democrático acontece por meio da igualdade política. Por este motivo, Dworkin discute os conceitos de igualdade como impacto político, quer seja, a diferença que pode ser feita individualmente por meio do voto ou escolha pessoal, e a igualdade por influência política, que ocorre pela quantidade de influência que um indivíduo tem sobre o voto de outras pessoas.

Nas duas modalidades acima descritas, o autor compreende que a igualdade entre todos os indivíduos seria inalcançável, de modo que propõe um terceiro entendimento: a igualdade política como um status. De acordo com este conceito, a igualdade consiste na atribuição de igual respeito e consideração às vozes e opiniões de todos os indivíduos.²⁰

Em conformidade com a ideia de igualdade política como status, resta evidente a necessidade de se estabelecer uma estrutura que não permita a supressão das minorias ou do próprio sistema democrático, de modo a resguardar a igualdade no tratamento e dignidade de todos os indivíduos, protegida pelo sistema democrático-constitucional:

Democracia significa regra da maioria legítima, o que significa que o mero majoritarismo não constitui democracia, a menos que outras condições sejam atendidas. É controverso quais são essas condições. Mas algum tipo de estrutura constitucional que a maioria não pode mudar é, certamente, um pré-requisito para a democracia. Deve haver regras constitucionais estipulando que a maioria não pode, por exemplo, abolir eleições futuras, ou privar uma minoria de direitos. (tradução nossa)²¹

¹⁹ PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 18.

²⁰ Palestra na Universidade da Europa Central. Budapeste, Hungria. 27 de janeiro de 2011.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and Democracy*, op. cit., p. 1. Do original: "Democracy means legitimate majority rule, which means that mere majoritarianism does not constitute democracy unless further conditions are met. It is controversial just what these conditions are. But some kind of constitutional structure that a majority cannot change is certainly a prerequisite to democracy. There must be embedded constitutional rules stipulating that a majority cannot abolish future elections, for example, or disenfranchise a minority."

De tal modo, é possível compreender que as constituições modernas, sobretudo aquelas elaboradas no período pós-guerra, quando da consolidação de direitos e garantias fundamentais, possuem, por conta do seu desenho de rigidez, a definição de um campo de indecibilidade, podendo ser absoluta, quando excluem a reforma constitucional, ou relativa, quando estabelecem critérios e procedimentos mais elaborados para a mudança constitucional.

De forma diversa da definição de Bobbio, que possui um viés filosófico-político, a esfera do indecidível de Ferrajoli é um componente estrutural da democracia constitucional.

Ainda, a teoria sobre o indecidível ocorre em dois momentos: primeiramente, a definição do que não deve ser decidido pelas maiorias, a proibição, os limites negativos impostos à legislação com o objetivo de garantir os direitos da liberdade. Em seguida, os vínculos positivos igualmente impostos, o dever de decidir. Da junção das duas esferas resulta o conjunto das garantias dos direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos.²²

Faz-se necessário, ainda, distinguir as funções e instituições de governo que atuam na esfera política do decidível, bem como as funções e instituições de garantia, voltadas a assegurar e controlar a esfera do indecidível²³.

Sobre o assunto, leciona Luigi Ferrajoli na conhecida obra *Principia Iuris*:

Com efeito, é evidente que as funções do governo, justamente por se referirem à esfera do que pode ser decidido, ou seja, à apreciação discricionária ou política dos interesses gerais, se baseiam na vontade popular. Ao contrário, as funções de garantia, por pertencerem à esfera vinculada ao indecidível, devem estar vinculadas à lei e, sobretudo, à proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. (tradução nossa)²⁴

Assim, de forma diversa da conhecida tripartição de poderes de Montesquieu, as esferas do decidível e indecidível e o conseqüente entendimento sobre as funções de governo e as funções de garantia permitem uma nova compreensão sobre a divisão dos poderes dentro de um Estado Constitucional de Direito, gerando, inclusive, esclarecimentos sobre a legitimidade das formas de

²² FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo, op. cit., p. 103.

²³ Ibidem, p. 427.

²⁴ Idem, *Principia Iuris – Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 1. Trad. Andrés Perfecto-Ibañez. Madrid: Trotta, 2011, p. 828. Do original: "En efecto, es evidente que las funciones de gobierno, precisamente porque se refieren a la esfera de lo decidible, es decir, a la valoración discrecional o política de los intereses generales, tienen su fundamento en la voluntad popular. Al contrario, las funciones de garantía, al pertenecer a la esfera vinculada a de lo indecidible, es necesario que estén vinculadas a la ley y, sobre todo, a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos."

poder exercidas nas sociedades modernas. De acordo com Ferrajoli, os poderes com fontes distintas de legitimação devem estar separados e ser reciprocamente independentes.²⁵

O núcleo do decidível, portanto, relaciona-se com os órgãos públicos de representação popular que estão autorizados à tomada de decisões sobre os assuntos que devem ser decididos sob o critério democrático. Para tanto, a expressão da vontade da maioria é quem confere a legitimidade aos atos dos representantes e forças políticas eleitas por meio do voto. É aqui que se encontram as funções políticas de governo, assim como as funções do legislativo. São responsáveis pelas mudanças e inovações e não são autorizadas a interferir na esfera do indecidível, protegida pela constituição.

Os princípios da maioria, a livre iniciativa, a discricionariedade pública e a disponibilidade privada são as regras que presidem a esfera do decidível. Encontram, como anteriormente pontuado, limites e vínculos insuperáveis na esfera do indecidível.²⁶

Por outro lado, tem-se o indecidível, conseqüentemente contramajoritário e de competência dos órgãos responsáveis pela aplicação da lei, bem como pela observância dos princípios e pressupostos constitucionais, de modo a resguardar os direitos fundamentais – e indisponíveis – estabelecidos nas cartas constitucionais. A competência para a fiscalização e aplicação da lei, no entanto, não autoriza a inovação jurídica por meio da produção de normas.

Ainda utilizando da clássica divisão Montesquiana, enquanto os poderes Executivo e Legislativo encontram-se submetidos à vontade majoritária, o Poder Judiciário não possui esse limite, nem essa fonte de legitimação.

Sobre o tema, leciona Ferrajoli:

A fórmula "sempre haverá um juiz em Berlim" expressa precisamente o valor dessa divisão e dessa independência para garantir a determinação imparcial da verdade: deve haver, portanto, um juiz em Berlim capaz de absolver mesmo quando todos exigem condenação, e de condenar quando todos exigem a absolvição. Por outro lado, a sujeição apenas à lei, que possibilita sua aplicação e execução, não possibilita sua produção, ou seja, a inovação jurídica pela produção de normas. (tradução nossa).²⁷

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, op. cit., p. 107.

²⁶ *Ibidem*, p. 118.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, op. cit., p. 107. Do original: "La fórmula «siempre habrá un juez en Berlín» expresa con precisión el valor de esta división y de esta independencia en garantía de la imparcial determinación de la verdad: deberá por tanto existir un juez en Berlín capaz de absolver aun cuando todos exijan la condena y de condenar cuando todos exijan la absolución.

Qual é, então, a fonte de legitimação do Poder Judiciário como força contramajoritária? A rígida sujeição às leis que deve aplicar e o dever de garantia. É na própria existência de uma esfera de direitos excluídos da deliberação pública que surge a necessidade de um poder que os guarde e realize a análise de conformidade entre os atos e normas produzidas e os direitos resguardados na constituição.

Embora válidos e necessários em contextos de normalidade, conceitos como a esfera do indecível e a própria democracia substancial podem ser insuficientes para responder a um quadro de anomalia político-institucional, o que demanda uma reconfiguração do conceito de democracia para a análise de conjunturas de instabilidade.

É o que se propõe nos tópicos a seguir.

1.3 O PARADOXO DA TOLERÂNCIA E A DEMOCRACIA MILITANTE

1.3.1 O paradoxo da tolerância de Karl Popper

Foi Goebbels quem, ironicamente, proferiu a triste constatação de que "sempre será uma das melhores piadas da democracia o fato de que ela dá aos seus inimigos mortais os meios para destruir a si própria."²⁸ Surge, então, a necessária e inevitável pergunta: as democracias modernas têm sido demasiado tolerantes com os grupos e ações antidemocráticas?

Uma breve síntese sobre o paradoxo da tolerância de Karl Popper faz-se mister quando tratamos da transigência democrática com o intolerante.

Por tolerância entende-se a atitude de não reação em face de um comportamento-ideia de que se discorda²⁹. A tolerância é um elemento indispensável para a vivência em uma sociedade plural e harmônica; entre os diferentes, deve haver respeito à multiplicidade de opiniões, crenças e posicionamentos políticos.

Inversamente, la sujeción solamente a la ley, que habilita a la aplicación y la ejecución de la misma, no habilita a su producción, es decir, a la innovación jurídica a través de la producción de normas."

²⁸ KIRSHNER, Alexander S. *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combating Political Extremism*. New Haven: Yale University Press, 2014, p. 23.

²⁹ GOMES, Juan Pablo Ferreira. O Paradoxo da (in)tolerância em Karl Popper e os Limites-fronteiras do Discurso de Ódio. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, v. 7, n. 2, p. 18-34, 2022, p. 20.

Todavia, da análise da história, sobretudo dos horrores percebidos com a segunda guerra mundial, como ascensão do fascismo e o holocausto, é possível compreender que, em alguns momentos dessas relações humanas em sociedade, grupos numericamente minoritários conseguiram impor suas ideias intolerantes, gerando danos profundos e irreversíveis.

Foi da observância destes lamentáveis fenômenos gerados pelo fascismo na Alemanha da década de 40 que Karl Popper firmou o seu entendimento sobre o paradoxo da tolerância.

Transcreve-se do texto do autor:

Muito menos conhecido é o paradoxo da tolerância: tolerância ilimitada deve levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos tolerância ilimitada mesmo àqueles que são intolerantes, se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra a investida do intolerante, então, o tolerante será destruído, e, com ele, a tolerância. Nessa formulação, não implico, por exemplo, que devemos sempre suprimir a expressão de filosofias intolerantes; enquanto pudermos combatê-los pelo argumento racional e mantê-los sob controle da opinião pública, a supressão seria certamente imprudente. Mas devemos reivindicar o direito para suprimi-los, pois pode-se facilmente descobrir que eles não estão preparados para nos corresponder no nível do argumento racional, mas começar por denunciar todos os argumentos; eles podem proibir que seus seguidores ouçam a qualquer coisa tão enganosa como um argumento racional e ensiná-los a responder argumentos usando seus punhos. Portanto, devemos reivindicar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar o intolerante. Devemos reivindicar afirmar que qualquer movimento pregando intolerância coloca-se fora da lei, e devemos considerar o estímulo à intolerância e perseguição como crime, exatamente como devemos considerar o estímulo ao assassinato ou sequestro; ou como devemos considerar o estímulo à ressurreição do tráfico de escravos.³⁰

A teoria de Ferrajoli caminha no mesmo sentido quando trata de um núcleo rígido que protege os direitos e garantias fundamentais como substância necessária para a sobrevivência democrática. Argumenta que a democracia procedimental, o simples critério da maioria, corre riscos de deixar de sobreviver enquanto for possível que os métodos democráticos suprimam a si próprios.

Na recente situação brasileira, mesmo que eleitos e investidos de poder por meio do sistema democrático, grupos intolerantes têm realizado ataques à direitos e garantias fundamentais, às instituições tradicionais e essenciais para o exercício democrático e, objetivamente, à existência de grupos vulneráveis como as mulheres e a população LGBT.

Nesse sentido, discorrem Araújo e Kussler:

³⁰ POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies*, vol. 1: The Spell of Plato. London: Routledge, 1947, p. 226.

Os ecos da repetição histórica provam isso na dificuldade em grupos religiosos fundamentalistas brasileiros, por exemplo, que representam uma minoria numérica, porém, impõem-se com discursos e projeção midiática e financeira, proliferando atitudes extremamente intolerantes para com o outro, com o diferente — similar à noção lockiana previamente apresentada. Os dados de pesquisas no Brasil, dos quais citaremos apenas alguns, aí estão para não nos deixar mentir: índices altíssimos de violência contra a mulher, contra a população LGBT, em seus variados espectros; indiferença quanto à fome e ao déficit habitacional, que demonstra um amplo contrassenso tanto com a produção superavitária dos setores agropecuário e imobiliário brasileiros, além de uma realidade inconstitucional por inúmeras razões.³¹

Sob o pretexto da liberdade de expressão e da ideia de tolerância ilimitada dentro de um sistema democrático – onde todos, supostamente, teriam o direito de manifestar as suas ideias – o sistema propicia os seus próprios meios de destruição.

A democracia constitucional brasileira, no entanto, possui uma vantagem que deve ser explorada no momento de tomada de decisão: conhece as consequências das experiências anteriores, que comprovam de forma cabal que o direito à liberdade de expressão não pode autorizar o discurso de ódio.

Deste modo, a democracia brasileira encontra na história os mecanismos necessários para guiar o seu caminho nos períodos de crise institucional.

A preocupação com a proteção destes núcleos constitucionais essenciais à democracia é evidenciada, no cenário brasileiro, com a atuação do Supremo Tribunal Federal e de seus poderes constitucionalmente atribuídos, como se verá nos capítulos seguintes.

1.3.2 A Democracia Militante e Defensiva

Na mesma linha de raciocínio do paradoxo da tolerância, o conceito de democracia militante surge no período entreguerras e, de acordo com Karl Loewenstein, é "destinada a reforçar o aparato legislativo dos estados democráticos para facilitar a repressão dos direitos políticos e civis dos atores e grupos não democráticos, mesmo com risco e custo de violar princípios fundamentais."³² Entende o autor que, se a democracia acredita que ainda não cumpriu a sua destinação, deverá batalhar

³¹ ARAÚJO, Filipe Silveira; KUSSLER, Leonardo Marques. DA [IM] POSSIBILIDADE DA TOLERÂNCIA PARA COM O INTOLERANTE. *Occursus*, v. 5, n. 1, p. 236-250, 2020. pp.241-242.

³² LOWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, vol. XXXI, nº 03, 1937, pp. 417-432.

em um plano que sirva apenas ao propósito do poder: "A democracia deverá tornar-se militante."³³

Dado o contexto de crescimento de grupos autoritários dentro dos moldes democráticos do Estado de Direito, sobretudo na forma de partidos políticos, cresce o interesse em estudos que resgatem os fundamentos da teoria da democracia militante. Como principal objetivo, estes estudos buscam compreender os limites da tolerância das instituições democráticas e quais seriam as formas legítimas de controle sobre os grupos em questão.

Ainda, o mesmo autor entende o fascismo não como uma ideologia, mas como uma técnica política, uma forma de conseguir o poder, possibilitada apenas pela existência do aparato democrático. Afirma que a democracia, bem como a tolerância democrática, são usadas para a sua própria destruição: "com o formalismo exagerado, sob o encantamento da igualdade formal, a democracia não encontra espaço para excluir da arena os partidos que negam a existência das próprias regras do jogo." (tradução livre)³⁴.

É sob tal entendimento que o autor afirma:

[...] a democracia, tornando-se militante, pode ser salva; quando o fascismo usa, impunemente, instituições democráticas para ganhar poder, a democracia não pode ser culpada por aprender com os seus cruéis inimigos e aplicar a coerção que a autocracia não hesitará em aplicar contra a democracia. (LOEWENSTEIN, 1935, p.593, tradução nossa).³⁵

A democracia militante, nos moldes concebidos por Loewenstein, relaciona-se principalmente com o estabelecimento de limites ao exercício da atividade política, sobretudo por meio do argumento racional, em contrapartida ao modelo emocional do fascismo. Atua em duas esferas: a primeira seria no incentivo à formação de uma espécie de frente ampla, que reúna os principais atores sociais ao redor da causa democrática. Em seguida, a criação legislativa voltada à neutralização da técnica fascista, por meio da criminalização dos grupos extremistas, vedação ao uso das milícias e organizações paramilitares, etc.³⁶

³³ Ibidem.

³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I, op. cit. p. 434.

³⁵ LOEWENSTEIN, Karl. "Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe, I". *The American Political Science Review*, vol. XXIX, n° 04, 1935, p. 593. Do original: "[...] democracy, becoming militant, can be saved; and when fascism uses with impunity democratic institutions to gain power, democracy cannot be blamed if it learns from its ruthless enemy and applies in time a modicum of the coercion that autocracy will not hesitate to apply against democracy."

³⁶ PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*, op. cit.

Deste modo, é possível considerar que o princípio da democracia militante encontra-se, inclusive, resguardado pela Constituição Federal, que em seu art. 17, *caput*, dispõe: “[é] livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana [...]”.³⁷ Ainda, o mesmo artigo estabelece que: “[é] vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.” Por consequência, de acordo com estes enunciados constitucionais, aqueles que questionam a legitimidade do regime democrático, demonizam a oposição, e ferem frontalmente os direitos humanos, não podem se caracterizar como partidos políticos legítimos.

Da teoria da democracia militante originam-se, mais recentemente, os conceitos de democracia defensiva e democracia de resistência. A literatura afirma que, no Brasil, estes dois termos têm ganhado evidência nos últimos três ou quatro anos.

Enquanto o foco da democracia militante é voltado à questão partidária, a democracia defensiva “visa impedir que vulnerem a própria democracia quaisquer situações ou grupos que afetem a normalidade democrática.”³⁸ Sob a consideração de que o fortalecimento democrático é um processo contínuo e delicado, a teoria defensiva compreende as ações tomadas por parte dos Poderes e instituições nesse sentido.

Sobre o assunto, Cláudio Pereira Neto e Daniel Sarmiento argumentam que a utilização do ativismo judicial em defesa do Estado Democrático de Direito deve ser considerada uma atuação em favor dos princípios democráticos.

É o que escrevem os autores:

Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas em seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento.³⁹

³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

³⁸ FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. *Revista de Informação Legislativa*, v. 58, n. 230, p. 133-147, 2021.

³⁹ DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 02, p. 119-161, 2013.

De tal forma, a intervenção do Poder Judiciário contra atos antidemocráticos e de violação de direitos e garantias fundamentais se justifica ao atuar no sentido de proteger a integridade da Constituição, nos moldes do poder-dever por esta atribuído.

1.4 A CARTA BRASILEIRA DE 1988 E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1.4.1 A constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal

Extensa, ampla e compromissória – nos moldes das constituições europeias do pós-guerra – a Constituição Federal de 1988 atendeu às demandas populares e permitiu ampla participação da sociedade civil. No entanto, deixou de realizar os enfrentamentos necessários entre grupos de interesses opostos de modo que, contraditoriamente, determinou extenso rol de direitos sociais enquanto incluiu em seu texto mecanismos de freios aos avanços sociais, conferindo proteção às aspirações privadas e corporativistas.

A transição para a democracia no Brasil exigiu um grande processo de coordenação política entre diferentes classes, forças políticas e setores da sociedade, que resultou num ambicioso compromisso constitucional firmado em 1988. O alto grau de desconfiança entre essas diversas forças presentes na Assembleia Constituinte favoreceu a elaboração de um documento amplo e detalhista.⁴⁰

Por conta da pluralidade de interesses dissonantes, o processo constituinte realizou a arriscada opção por deliberar, pormenorizada e obsessivamente sobre tudo: "a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais [...] se tudo é matéria constitucional, o campo de discricionariedade atribuído ao corpo político para tomar decisões políticas relevantes foi reduzido."⁴¹ O fenômeno, portanto, ocasionou significativo deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário.

Com o surgimento desta nova visão do Direito Constitucional, fomentada por meio da Constituição Federal de 1988, dá-se o espraiamento da matéria

⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*, op. cit., p. 10.

⁴¹ *Ibidem*, p. 166.

constitucional pelas diversas áreas da política e do direito, nomeado por estudiosos como "constitucionalização do direito", conforme elucida Gustavo Binbenojm⁴².

O Ministro Luís Roberto Barroso, em palestra proferida na Universidade de Nova York, com base no artigo intitulado "Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas", sustentou que "o nível de judicialização no país é muito elevado, em razão de termos uma Constituição abrangente, que cuida de uma grande diversidade de matérias que, na maioria dos países, é deixada para a lei e para o processo político majoritário."⁴³ Como exemplos, cita as pesquisas com células tronco embrionárias, cotas raciais para ingresso nas universidades públicas e demarcação de terras indígenas, todas questões debatidas na história recente da Suprema Corte. O autor reafirma, no entanto, que nos três casos em análise o papel do Supremo Tribunal Federal foi de autocontenção: foram mantidas as leis aprovadas pelo Congresso, bem como os atos do Poder Executivo.

Ainda, sobre o aumento das competências do Poder Judiciário, José dos Santos Carvalho Filho explica que, com o fenômeno da constitucionalização do direito, "a intervenção judicial, que inicialmente era prevista apenas para resolução de conflitos de interesse [...] expandiu-se também para a proteção dos Direitos Fundamentais, o controle de constitucionalidade das leis e a interação harmônica entre os Poderes Públicos."⁴⁴

A crítica ao papel das Cortes constitucionais nos últimos anos relaciona-se, sobretudo, ao crescimento deste poder e a conseqüente interferência nas políticas públicas, sob o argumento de efetivação dos direitos fundamentais que, de acordo com Ibañez⁴⁵ "recebem por esta via o tratamento jurídico que corresponde à sua qualidade de 'fundamento funcional da democracia', porque é só 'por meio do exercício individual dos direitos fundamentais que se realiza um processo de liberdade que é elemento essencial da democracia'".

⁴² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018;

⁴⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil*. [S.l.] 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503043/001011324.pdf?seque>. Acesso em: 31 out. 2022, p. 161.

⁴⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. 2003. Democracia com juízes. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun, p. 35.

A responsabilidade pelo aumento das competências do Poder Judiciário, no entanto, não pode ser tratada puramente como um avanço desenfreado e arbitrário do poder judicial. Como explica Grimm, a decisão de posicionar o Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais deriva de uma opção do poder político – no caso, do legislador – por entender que a defesa destes deveria ocorrer de forma contramajoritária.

É o que leciona o constitucionalista Dieter Grimm:

Para que o judiciário estenda seu poder a domínios antes reservados a outras forças, é preciso que ele tenha sido instituído como tal e dotado de competências que lhe permitam solucionar conflitos políticos e sociais. A decisão que emprestou autoridade ao judiciário a fim de dirimir tais conflitos não foi, na origem, tomada pelo juiz, mas pelo político. Sem a vontade do político de delegar ao juiz a sua resolução, o ativismo judiciário se encontraria privado de fundamento institucional. Com efeito, constata-se, ao longo do século XX, como resultado de decisões políticas, uma regular expansão de poderes concedidos aos juízes.⁴⁶

No caso brasileiro faz-se óbvia a constatação do acúmulo de poderes conferidos ao Supremo Tribunal Federal pelo legislador. Este, ao mesmo tempo, é tribunal constitucional, foro especializado para altas autoridades e, por fim, no entendimento de Oscar Vieira Vilhena, também é tribunal de recursos de última instância⁴⁷.

Tal situação é ilustrada pelo termo "Supremocracia", cunhado pelo autor antes citado em 2008⁴⁸, que se apresenta em dois âmbitos: primeiramente, pela posição de destaque atribuída ao Supremo Tribunal Federal, que permite que este governe jurisdicionalmente as demais instâncias do Poder Judiciário. Em segundo momento, a supremocracia também se manifesta pela expansão do órgão em detrimento dos outros poderes, sobretudo quando exerce o papel da criação de regras.

A ascensão do STF como ator político no imaginário popular, após tantas formas de envolvimento na vida pública, era inevitável. Foi ainda impulsionada pelo televisionamento das sessões do tribunal, bem como pelo surgimento das audiências públicas em casos de grande relevância, que envolveram personalidades, especialistas e militantes nas discussões.

⁴⁶ GRIMM, Dieter, citado em VIANNA, Luiz W., BURGOS, Marcelo, e SALLES, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. p. 41 apud Badinter e Breyer, 2003, p. 24.

⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*, op. cit.

⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, p. 441-464, jul/dez, 2008, p. 443.

Sobre o tema, assevera o Ministro Luís Roberto Barroso:

A segunda peculiaridade é a transmissão ao vivo, em TV aberta, tanto das sustentações orais (hearings) como dos debates e a deliberação entre os ministros (o que nos Estados Unidos e na maior parte do mundo é feito em conferência interna) e a proclamação dos votos. Embora seja um tanto atípico, é da tradição brasileira que os julgamentos, incluindo a fase dos debates e da deliberação, sejam públicos. O que há de muito particular em relação ao Supremo Tribunal Federal é a transmissão ao vivo pela televisão (e simultaneamente pelo canal do Tribunal no youtube). Há muitos críticos desse modelo, sob o fundamento de que a visibilidade dificulta a construção de consensos e traz o risco de politização indevida, na medida em que os ministros, de certa forma, podem ser influenciados pela opinião pública. Na prática, um dos maiores problemas foi que os votos se tornaram mais longos, conforme constatado em pesquisa empírica feita em trabalho de doutorado do qual sou orientador.⁴⁹

A transmissão dos votos aliada, à nova cultura do Tribunal de constantes decisões monocráticas, afasta os julgadores da proteção conferida pela figura do STF, e os torna cada vez mais vulneráveis à opinião pública. São apresentados pela mídia e interpretados pela população como figuras políticas que, assim como nos demais poderes, deveriam se sujeitar ao cumprimento e tradução da vontade popular nas suas decisões.

Apesar de atuar em favor da democratização da informação, a popularização da figura dos ministros mostrou-se perigosa em momentos de crise: o cidadão demanda ações semelhantes de poderes com funções diferentes, postura que se justifica com o desequilíbrio institucional e a conseqüente usurpação de funções. Se o STF atua no espaço deixado, por exemplo, pelo Poder Legislativo, conseqüentemente será tratado – e demandado – como tal pela opinião pública.

A crise de representação e os seus reflexos serão tratados no tópico a seguir.

1.4.2 O STF como resposta: governar no vazio e a judicialização da política

Também responsável pela proeminência do Poder Judiciário no cenário brasileiro é a crise de representatividade e efetividade do Poder Legislativo: com um histórico de omissão sobre matérias essenciais para a realização prática dos direitos fundamentais, o poder demonstrou nos últimos anos uma "incapacidade de cumprir

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. Revista Direito e Práxis, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018, pp. 3-4.

as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas."⁵⁰

É notável que o corpo político, por conta da fragmentação partidária – assim como pela radicalização das bancadas ideológicas –, não consegue encontrar consenso na arena pública. A crescente polarização, que no entendimento de Jairo Nicolau⁵¹ pode ter sido acirrada com o surgimento do antipetismo, gera o resultado fatal: um Legislativo silente sobre questões urgentes e de forte apelo popular.

Sobre o assunto, também narra Oscar Vieira Vilhena:

A politização desta esfera de jurisdição do Tribunal foi expandida em relação ao período constitucional anterior, na medida em que a legitimidade para a proposição de ações diretas foi conferida a novos atores políticos e sociais, conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal. [...] Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa. Neste aspecto, é curioso notar que o partido político que mais trazia casos ao Supremo no período Fernando Henrique Cardoso era o Partido dos Trabalhadores (PT) e, agora, na gestão Lula, o Partido dos Democratas (DEM) passou a ocupar a primeira posição entre os usuários do Tribunal, seguido de perto pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB).⁵²

É dessa percepção que surgem as duas hipóteses de Ferejohn⁵³ sobre a judicialização da política: (a) a hipótese da fragmentação; e (b) a hipótese dos direitos.

Por ora, atenta-se à hipótese da fragmentação, onde o autor argumenta que a ação do Poder Judiciário objetiva preencher lacunas deixadas pela situação de fragmentação dos demais poderes, o que leva o Poder Judiciário a agir, diante da impossibilidade de negar uma decisão, quando não há solução consensual no âmbito político:

[...] é um crescimento da fragmentação do poder das instituições políticas (Executivo e Legislativo), o que limita suas capacidades para legislar, ou para serem o espaço onde a política é efetivamente formulada [...]. Quando os poderes políticos não podem agir, a resolução dos conflitos tende a migrar para instituições onde soluções podem ser oferecidas; cortes judiciais podem oferecer um espaço adequado para isso. A hipótese de fragmentação implica que as cortes têm mais liberdade para agir quando os

⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, op. cit., p. 443.

⁵¹ NICOLAU, Jairo. *O Brasil dobrou à direita: uma radiografia da eleição de Bolsonaro em 2018*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2020.

⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, op. cit., pp. 447-448.

⁵³ FERREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Journal of Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

poderes políticos são muito fragmentados para formar e aprovar decisões efetivamente.⁵⁴

No mesmo sentido os argumentos de Luís Roberto Barroso⁵⁵, que compreende que a atividade política brasileira, para além da ausência de responsividade, conta com outro fator contrário: o descrédito dos poderes representativos perante a população, que deixou de acreditar na capacidade do jogo político para resolver conflitos e garantir direitos.

É o que preleciona em sua obra *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, nos seguintes termos:

A consequência inevitável é a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população. Como dito, o fenômeno é em certa medida universal. (...) No Brasil, por igual, vive-se situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados. Em suma: a doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política.⁵⁶

Para além dos elementos anteriormente citados como (a) a amplificação da matéria constitucional; (b) o acúmulo de competências atribuídas à corte constitucional pela Carta de 1988 e (c) as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal ascende como ator político também por conta da descrença popular nos outros poderes.

O avanço político do STF, mesmo que realizado sob provocação, afronta o importante princípio da reserva institucional, essencial para a manutenção de um bem-estar constitucional. A reserva institucional consiste no "ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito".⁵⁷

Nesse âmbito, é possível afirmar que a conservação de constituições saudáveis depende também do fato de que a relação entre os poderes é pautada, para além dos pactos expressos, no comedimento e no respeito às normas constitucionais não escritas. Por isso, os autores afirmam que "todas as

⁵⁴ Ibidem, p. 55.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

⁵⁶ Ibidem, p. 38.

⁵⁷ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.107

democracias bem-sucedidas confiam em regras informais que, embora não se encontrem na Constituição nem em quaisquer leis, são amplamente conhecidas e respeitadas".⁵⁸

No recente histórico da Corte, os argumentos para decidir – ou até mesmo para avançar para além do equilíbrio entre os poderes – encontraram fundamento, como já visto, na ideia de ecoar as demandas populares não concretizadas pelos poderes políticos. A identificação das deficiências representativas, todavia, não pode servir como argumento para que o Poder Judiciário assumira uma postura paternalista.

O ilustre professor Ruy Samuel Espíndola, sobre este aspecto, assevera:

Essa ênfase excessiva no espaço judicial pode olvidar que outras arenas são importantes à concretização da Constituição e realização dos Direitos Fundamentais. Isso obscurece o papel do Legislativo e do Executivo nesta tarefa. Precisamos cuidar para que a toga não assumira uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada (Sarmiento). Como está a ocorrer com a justiça eleitoral e o moralismo contra os direitos políticos fundamentais no tema "ficha limpa": agride-se a vontade popular ao argumento de sua salvaguarda.⁵⁹

Como importantes consequências do advento do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro, os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política são, frequentemente, discutidos em conjunto. No entanto, é necessário que não sejam confundidos.

Enquanto a judicialização da política é considerada um caminho natural dos sistemas políticos com constituições elaboradas e compromissórias, sobretudo nos casos de deficiência dos demais Poderes, o ativismo se caracteriza por "uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos (Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência, etc.) e/ou invade a competência dos demais Poderes."⁶⁰

Nesse mesmo sentido, escreve Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da

⁵⁸ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, op. cit.

⁵⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios Constitucionais e Democracia*. Florianópolis: Habitus, 2019, pp. 136-137.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal Of Law [Ejji]**, [S.L.], v. 17, n. 3, p. 721-732, 20 dez. 2016. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em 24 set. de 2022. p.730

vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.⁶¹

O ativismo judicial repercute um posicionamento que, frequentemente, desafia o sistema de freios e contrapesos, que deve operar com base na autocontenção de cada poder. No cenário brasileiro, o ativismo judicial destacou-se com a onda de fortalecimento do STF, que encontrou o seu ápice no entendimento de que o Tribunal deveria ecoar a "voz das ruas".⁶²

Tal posicionamento encontra respaldo em teorias como a de Peter Häberle⁶³, que defende que todos aqueles influenciados pelas decisões de caráter constitucional devem ser ouvidos no processo de interpretação; de modo que as Cortes Constitucionais devem ampliar o debate de modo a incluir os integrantes da denominada "sociedade aberta dos intérpretes da constituição".

Sobre o ativismo judicial, elucida Luís Roberto Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶⁴

O posicionamento da Corte em defesa do que se denomina vontade popular, ou mesmo "sentimentos da sociedade" levanta questionamentos sobre um possível

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. p.31

⁶² "Você pode, eventualmente, ser contramajoritário, mas se repetidamente o Supremo não consegue corresponder aos sentimentos da sociedade, vai viver problema de deslegitimação e uma crise institucional", disse o Ministro Barroso. "Barroso afirma que STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade". CONJUR, 2 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>. Acesso em 10 out. 2022

⁶³ HABERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, op. cit., pp.25-26

papel representativo a ser exercido pelas cortes constitucionais, em oposição ao conceito da dificuldade contramajoritária.

1.4.3 Corte Constitucional: dificuldade contramajoritária e papel representativo

A literatura contemporânea argumenta que, apesar da necessária efetivação dos direitos fundamentais realizada por meio da via contramajoritária, como observado em casos paradigmáticos em muitos países, uma sociedade que toma as suas principais decisões por meio de um grupo de juízes (ou burocratas não eleitos), não encontra os requisitos essenciais para que possa ser considerada uma democracia liberal.

Sustenta Yascha Monk⁶⁵, que a democracia liberal é um sistema político que deve ser, ao mesmo tempo e na mesma medida, liberal e democrático. Por mais explícita que pareça a conceituação, democracias consolidadas têm encontrado dificuldades em conciliar a proteção dos direitos individuais por meio de cortes contramajoritárias e a tradução da opinião popular legitimada pelo critério majoritário em políticas públicas.

Por este motivo, é necessário ter em conta o argumento contramajoritário como importante mecanismo de equilíbrio do Estado Democrático de Direito.

O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobrepuem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962).⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal, nesse cenário, encontra dificuldades em resolver os conflitos submetidos à sua apreciação que deveriam ter sido resolvidos no âmbito político, mesmo que em sede de controle de constitucionalidade, "afinal, trata-se de instituição que está sempre se equilibrando sobre a linha tênue que contrapõe, de um lado, o seu déficit natural de legitimidade democrática, e, de outro lado, o exercício das suas funções eminentemente contramajoritárias."⁶⁷

⁶⁵ MOUNK, Yascha. *O Povo Contra a Democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

⁶⁶ BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença, [S. l.]*, v. 16, n. 1, p. 217–266, 2018. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/494>. Acesso em: 23 nov. de 2022.

⁶⁷ PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante em tempos de crise, op. cit., p. 64.

Cláudio Pereira Neto e Daniel Sarmento esclarecem que a dificuldade contramajoritária está situada no fato de que o Tribunal, ao interpretar normas constitucionais vagas e abertas, "também participa do seu processo de criação"⁶⁸, o que em últimas consequências confere aos juízes uma espécie de "poder constituinte permanente."

A existência de uma dificuldade contramajoritária não é consenso na teoria constitucional; há também a percepção de que a vontade popular nem sempre é representada pelo corpo político eleito, de modo que um enfrentamento entre os poderes Judiciário e Legislativo não significará, em todos os casos, um debate da vontade popular *versus* Tribunal Constitucional.

A natureza contramajoritária é discutida por Robert Alexy, que sustenta que o Tribunal Constitucional, assim como as forças políticas, também realiza a representação do povo. O papel realizado pela Corte Constitucional, no entendimento do autor, diferencia-se da representação política comum, pois ocorre no âmbito argumentativo e possui um caráter mais idealístico. É a proteção, em nome da sociedade, das arbitrariedades que podem ser cometidas em nome da maioria, sob influência de relações de poder ou vantagens econômicas. Assim, "um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo; senão em nome do povo, contra seus representantes políticos."⁶⁹

Sobre o assunto, escreve o autor:

O princípio fundamental: "Todo o poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente. [...] A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados.⁷⁰

⁶⁸ DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial, op. cit.

⁶⁹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 217, pp. 55-67, jul./set. 1999, p. 66.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 66.

Foi com base no entendimento de Alexy que o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto no julgamento da ADI 3.510, sobre a pesquisa em células-tronco embrionárias. De acordo com o Ministro, a intervenção dos *amici curiae* com contribuições jurídica e socialmente relevantes, as audiências públicas que ouviram os *experts* sobre a matéria, e a intervenção do Ministério Público como representante da sociedade, garantiram a ampla participação da sociedade civil nos debates, de modo a efetivar o modelo de representação argumentativa por meio do debate jurídico e moral.⁷¹

Partindo do pressuposto de que um conceito procedimental da democracia não é suficiente para consolidar os direitos e garantias estabelecidos na Constituição, o "exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais".⁷²

Neto e Sarmento argumentam que existe uma tensão entre jurisdição constitucional e democracia, no sentido de que a Corte Constitucional não deve tomar para si a incumbência de proferir a "última palavra" sobre conflitos políticos, morais e sociais, sob o risco de, em nome da proteção dos princípios democráticos, tornar-se antidemocrática: "favorece-se um governo à moda platônica, de presumidos sábios."⁷³

Como possíveis soluções para o problema, os autores apresentam os diálogos constitucionais e a definição de diferentes padrões de deferência do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 29 de maio de 2008.

⁷² DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial*, op. cit., p. 133

⁷³ *Ibidem*, p. 134.

2 CONTEXTO BRASILEIRO: A CRISE INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA

2.1 A EROÇÃO DEMOCRÁTICA

Os processos de recessão e erosão democrática são importantes assuntos na teoria política da segunda década do século XXI. Com a simbólica eleição de Donald Trump, um político anti-sistema como presidente de uma das maiores e mais importantes democracias do mundo⁷⁴, a Teoria Política e o Direito voltaram os olhos para os processos de desgaste institucional.

É o que argumentam Levitsky e Ziblatt, referindo-se a possibilidade de uma recessão global da democracia, nos seguintes termos:

Mesmo que a ideia de uma recessão global da democracia fosse um mito antes de 2016, a presidência de Trump – junto com a crise da União Europeia, a ascensão da China e a agressividade crescente da Rússia – pode ajudar a fazer dela uma realidade.⁷⁵

É cada vez mais comum que as livrarias estejam repletas de obras sobre a democracia: será que este consolidado sistema chegou ao fim? As democracias mundiais possuem a resiliência necessária para lidar com ataques autoritários?

O estudo sobre a recessão democrática de Larry Diamond surge com a hipótese de um processo de estagnação da onda democrática ao redor do mundo. Utilizando como último marco de avanço a Primavera árabe, a ciência política busca compreender se os sistemas democráticos estão encolhendo.

Apesar da explosão no número de estudos sobre o assunto, Diamond afirma que não há consenso sobre a forma de definir ou medir a democracia. Mesmo com componentes conhecidos, como a multiplicidade de partidos, a justa concorrência e acesso à mídia de massas, muitos países estão em áreas cinzentas, por exemplo quando possuem eleições multipartidárias, porém com falhas.

De sua obra, se extrai:

Mas a democracia é, em muitos aspectos, uma variável contínua. Os seus componentes-chave – como a liberdade partidária e dos candidatos para realizar campanhas e concorrer; o acesso da oposição à mídia de massas e financiamento de campanha; inclusão do sufrágio; justiça e neutralidade da administração eleitoral; e até que ponto em que os vencedores eleitorais têm poder significativo para governar — variam em um *continuum* (assim como outras dimensões da qualidade da democracia, como as liberdades

⁷⁴ RUNCIMAN, David. *Como a Democracia chega ao fim*. 2. ed. São Paulo: Todavia, 2019, p. 29

⁷⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, op. cit., p.95

civis, a *rule of law*, o controle da corrupção, o vigor da sociedade civil e assim por diante). (tradução nossa)⁷⁶

Larry Diamond utiliza do critério estabelecido pela Freedom House, que leva em conta os direitos políticos e as liberdades civis, salvo nos casos em que argumenta encontrar fortes evidências contrárias.

Ao sustentar que um processo de recessão democrática está em curso aproximadamente desde o ano de 2006, o autor indica motivos para preocupação, como a queda na qualidade da democracia nos países emergentes, o fortalecimento do autoritarismo em países importantes e a falta de autoconfiança institucional em países com democracias fortes e estabelecidas.

Nessa toada, Diamond identificou 25 desmontes de democracias ao redor do mundo, não apenas por meio de golpes militares, mas também pela degradação dos direitos fundamentais e dos procedimentos democráticos que, por fim, ocasionam a ascensão do autoritarismo competitivo. Para fins do estudo, o autor buscou precisar uma data, ou ao menos um ano, como marco da falha. O problema, no entanto, é que muitas vezes isso ocorre em um longo processo de deterioração do sistema, com a diminuição das liberdades civis e da *rule of law*, abuso de poder e emparelhamento dos órgãos institucionais, descrédito das instituições, entre outros. Este conjunto pode ser denominado como erosão democrática.

O processo de erosão democrática consiste em uma série de fenômenos políticos e sociais que, sob uma aparência de legalidade e legitimidade, corroem o sistema político. Entre estes comportamentos, é possível citar a diminuição da transparência, ataques à mídia e à oposição política, bem como um fortalecimento excessivo das atribuições do Poder Executivo:

[...] A erosão democrática é, tipicamente, um processo agregado, constituído por múltiplas e pequenas incrementações. Mas essas medidas raramente são ataques frontais aos predicados da democracia, do tipo que poderia ser associado a um regime totalitário. Ao contrário, muitas são mascaradas sob a fachada de lei. A casca de legalidade, contudo, é ilusória. Mesmo que a maioria ou todos os passos individuais sejam feitos dentro dos limites constitucionais, em suma, eles levam a mudanças qualitativas nos sistemas legal e político. A chave para entender a erosão democrática é enxergar como medidas discretas que, isoladas ou em abstrato podem ser

⁷⁶ DIAMOND, Larry. *Facing up to the democratic recession*. Journal of Democracy, n. 26, 2015. Do original: "But democracy is in many ways a continuous variable. Its key components—such as freedom of multiple parties and candidates to campaign and contest; opposition access to mass media and campaign finance; inclusiveness of suffrage; fairness and neutrality of electoral administration; and the extent to which electoral victors have meaningful power to rule—vary on a continuum (as do other dimensions of the quality of democracy, such as civil liberties, rule of law, control of corruption, vigor of civil society, and so on)."

justificadas como condizentes com normas democráticas, podem ainda assim serem usadas como mecanismos para subverter a democracia constitucional liberal.⁷⁷

Sobre os processos de erosão democrática, David Runciman, na obra *Como a Democracia Chega ao Fim*⁷⁸, resgata as formas de golpe de Estado enumeradas por Nancy Bermeo⁷⁹ que diferenciam-se dos golpes tradicionais. A autora enumera as seguintes hipóteses: (a) o golpe executivo, quando o governo suspende o funcionamento de instituições democráticas; (b) a fraude do dia da eleição, com a manipulação dos resultados das urnas; (c) os golpes promissórios, posteriormente legitimados pela convocação de novas eleições; (d) a ampliação do poder executivo, que desgasta o sistema democrático; (e) manipulação estratégica das eleições, quando não são expressamente fraudulentas, mas têm seu resultado influenciado por inverdades, censura da mídia, etc.

Runciman explica que, em outros momentos históricos, o simbolismo de uma mudança abrupta, sinalizada por meio de tanques nas ruas, fechamento do congresso e tomada dos meios de comunicação era necessário para alertar a população da necessidade de obediência às regras do novo governo. Era o anúncio agressivo, repentino, que conferia legitimidade. Nas palavras de Edward Luttwak, estes golpes "consistem na infiltração de um segmento pequeno mas crítico do aparato estatal, que é então usado para impedir que o governo controle o resto."⁸⁰

Em caminho contrário, nos novos momentos de subversão democrática, a exemplo da ampliação do poder executivo, ou mesmo da manipulação estratégica das eleições, a manutenção das aparências de democracia, sem sinais de ruptura, é de interesse dos grupos subversivos. São utilizados os aparatos democráticos para conferir legitimidade aos governos golpistas, que se beneficiam, por exemplo, do discurso do poder conferido democraticamente pelas forças majoritárias:

"As eleições são manipuladas porque a aparência de vitória nas urnas é o que confere autoridade ao governo. Os golpes promissórios e as ampliações do poder Executivo requerem que a aparência de democracia

⁷⁷ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018. Citado por MEYER, Emilio Peluso Neder; LOPES, Mariana Tormin Tanos; LINHARES, Emanuel Andrade. *Pandemia e erosão da democracia constitucional: uma análise dos ataques à transparência no Brasil*. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 96, p. 93-122, nov./dez. 2020.

⁷⁸ RUNCIMAN, David. *Como a Democracia chega ao fim*, op. cit.

⁷⁹ BERMEO, Nancy. "On Democratic Backsliding". *Journal of Democracy*, vol. 27, n° 01, 2016.

⁸⁰ LUTTWAK, Edward. *Golpe de Estado: Um manual prático*. Traduzido por Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, citado por RUNCIMAN, David. *Como a Democracia chega ao fim*, op. cit., p. 48.

se mantenha, porque o sucesso do golpe depende da crença de que a democracia continua a existir. Para certos tipos de golpe, a democracia não é o inimigo a destruir. Ela funciona como disfarce para a subversão, e por isso é amiga dos conspiradores.”⁸¹

No mesmo sentido, Levitsky e Ziblatt⁸² dissertam que, neste *modus operandi*, os sistemas são pouco a pouco corrompidos, seja por meio das informações falsas, das incoerências discursivas e até mesmo das ameaças ditas e retiradas, revestidos por uma falsa aparência de legitimidade conferida pelas eleições:

É assim que as democracias morrem agora. A ditadura ostensiva - sob a forma de fascismo, comunismo ou domínio militar - desapareceu em grande parte do mundo. Golpes militares e outras tomadas violentas do poder são raros. A maioria dos países realiza eleições regulares. Democracias ainda morrem, mas por meios diferentes. Desde o final da Guerra Fria, a maior parte dos colapsos democráticos não foi causada por generais e soldados, mas pelos próprios governos eleitos.⁸³

É consenso nas obras de Runciman, Levitsky e Ziblatt que, sem atos simbólicos, como a presença dos tanques nas ruas, a percepção dos cidadãos é dissimulada e é pouco provável que os "dispositivos de alarme da sociedade", os sinais claros e intoleráveis no senso comum de uma sociedade, sejam identificados de forma homogênea.

A compreensão popular do conceito de Democracia, frequentemente atrelada a seu caráter procedimental, é outro ponto que atrapalha a identificação da sociedade sobre uma possível dissimulação do Estado Democrático de Direito. A coexistência de medidas democráticas e autoritárias em um mesmo sistema pode caracterizar os regimes híbridos, conforme elucida o relatório de 2022 do LAUT (Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo) sobre as estratégias atuais de erosão democrática, de onde se extrai:

Nesse passo, uma definição procedimental de democracia, que considere a realização de eleições regulares e compromissos formais com o Estado de Direito, parece não dar conta de explicar as realidades político-jurídicas observadas nos países em processo de autocratização. Aos olhos desse conceito formal, se instituições democráticas não estiverem funcionando bem ou se estiverem fragilizadas, mantém-se o status de regime democrático em razão da realização regular de eleições e da existência de normas protetivas de direitos fundamentais, ainda que estes sejam atacados na prática. Nesses novos regimes coexistem práticas democráticas (realização de eleições, por exemplo) com manifestações autoritárias (ataques a direitos fundamentais, fragilização dos mecanismos de freios e contrapesos entre as instituições políticas etc.), fator que tem feito com que a literatura os chamem de regimes híbridos. O termo “híbridos” se justifica

⁸¹ RUNCIMAN, David. *Como a Democracia chega ao fim*, op. cit., p. 51.

⁸² LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, op. cit.

⁸³ *Ibidem*, p.16

pelo fato de que tais regimes não se enquadram nas definições clássicas de “democracia” e/ou “autocracia”, mas mesclam características de cada regime.⁸⁴

Portanto, é possível compreender que, nessa situação, a sensação de normalidade e a ilusão da legalidade permanecem fortes para grande parte da população, e aqueles que denunciam os abusos do governo são considerados alarmistas, ou, no máximo, opositoristas exagerados.

É o que, nos tópicos seguintes, será percebido na situação do Brasil.

2.2 O POPULISMO AUTORITÁRIO

Figura central no processo de degradação democrática é o populismo autoritário: enraizado no apelo popular, o líder populista opera sob o fundamento de uma insatisfação da maioria com o sistema estabelecido.

Sobre o populismo, leciona João Gabriel Madeira Pontes:

Apesar da sua fluidez conceitual, o populismo pode ser definido, em linhas gerais, como “uma ideologia que divide a sociedade em dois grupos homogêneos e antagônicos, ‘o povo puro’ versus ‘a elite corrupta’, e que defende que a política deve ser a expressão da vontade générale (vontade geral) do povo”. Sob viés semelhante, Pippa Norris alega se tratar de um estilo de governo caracterizado (i) pelo apelo retórico a uma autoridade fundamentada na soberania popular e na regra da maioria, (ii) pelo questionamento da legitimidade do sistema (establishment), composto por classes privilegiadas e poderosas, e (iii) pela presença de um dissidente (outsider), que alega ser o porta-voz das pessoas comuns.⁸⁵

O fenômeno de ascensão de líderes autoritários é percebido de maneira recorrente nos últimos anos ao redor do globo. Discutido na conhecida obra “Como as democracias morrem”, de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, a preocupação com o cenário extrapolou a seara das ciências políticas e transformou o livro em best-seller mundial.

Para além dos conhecidos e explorados casos dos governos de Donald Trump, Viktor Orbán, e Recep Tayyip Erdoğan, cita-se como ilustrativa a recente eleição de Giorgia Meloni, em outubro de 2022, para o cargo de Primeira-Ministra na Itália, a primeira líder de extrema-direita no país desde a Segunda Guerra Mundial.

⁸⁴ LAUT. *O caminho da autocracia - Estratégias atuais de erosão democrática*. São Paulo: Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo, 2022. Disponível em: <https://laut.org.br/wp-content/uploads/2022/08/o-caminho-da-autocracia-LAUT.pdf>. Acesso em: 05 out. de 2022.

⁸⁵ PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*, op. cit., p. 25

Da análise do discurso destas figuras, assim como do governo de Jair Bolsonaro entre 2019 e 2022, extraem-se características comuns.

Sob este entendimento, da análise dos governos supracitados, Levitsky e Ziblatt⁸⁶ propõem quatro indicadores que podem colaborar na identificação de um líder autoritário: (i) rejeição das regras do jogo democrático; (ii) negação da legitimidade dos oponentes políticos e demonização dos mesmos; (iii) tolerância ou encorajamento à violência; e (iv) propensão à restrição das liberdades civis de oponentes, inclusive da mídia.

É possível – ou melhor, inevitável – traçar paralelos entre os movimentos nazifascistas surgidos na Segunda Guerra Mundial e a base ideológica que sustenta os contemporâneos governos que operam sob a égide do populismo autoritário.

Nestes dois momentos históricos há a descrença da sociedade civil no sistema político, que faz com que a população busque soluções alternativas às figuras já conhecidas, apostando naqueles que se autodenominam *outsiders*. Neste cenário de aversão popular à política "tradicional", beneficiam-se os que advogam pela quebra do sistema, como sustenta Pontes na seguinte passagem:

Para Manuel Castells, a perda de confiança dos governados na atuação dos seus governantes consiste justamente na crise mais profunda da atualidade. Com razão, afirma o sociólogo espanhol que “a força e a estabilidade das instituições dependem da sua vigência na mente das pessoas”; mas ocorre que “[m]ais de dois terços dos habitantes do planeta acham que os políticos não os representam, que os partidos (todos) priorizam os próprios interesses, que os parlamentos não são representativos e que os governos são corruptos, injustos, burocrático e opressivos”. Em contextos como esse, o discurso populista, de forte apelo moralizante e antissistêmico, ganha extraordinária adesão, e promove ruptura ainda mais profunda com relação à lógica de representação política vigente nos regimes democráticos.⁸⁷

Com o processo de descredibilização do jogo político, o líder antissistema age sob o preceito de resgatar valores alegadamente perdidos, de modo a moralizar a política. De tal forma, junto com o combate à corrupção, evoca temas de intenso apelo emocional, como a preservação da família tradicional, o patriotismo e a soberania nacional. Os elementos sociais, religiosos e políticos se misturam, criando um perfil ideal tanto do líder, quanto do apoiador. “A moralidade reacionária no lugar da emancipação social, a lógica do mercado no lugar do sentimento político, os tribalismos no lugar do bem público.”⁸⁸

⁸⁶ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, op. cit.

⁸⁷ PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*, op. cit., pp. 27-28.

⁸⁸ BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*, São Paulo: Politeia, 2019.

Para que esse perfil prospere, no entanto, é necessária a aniquilação de todo pensamento divergente: a ideologia centra-se muito mais em atacar, destruir o que está posto, do que em apresentar novas propostas e construções possíveis, com planos de ação concretos.

Em última consequência, o que ocorre é a disseminação da crença de que alguns cidadãos são melhores que os outros: o discurso deslegitima e criminaliza o divergente e avança contra pautas identitárias⁸⁹, sobretudo porque precisa de um modelo padronizado de indivíduo para conseguir agir.

O populismo autoritário, no contexto atual, deve ser analisado em conjunto com a força das redes sociais que propiciam a criação de bolhas virtuais, que impedem o contato entre grupos, de modo que as discussões não são mais sobre a melhor forma de encarar a realidade: passam a ser sobre qual versão dos fatos – e até mesmo se a existência dos acontecimentos – é verdadeira ou não.

O fenômeno é explicado por Michiko Kakutani na obra *A Morte da Verdade*:

"[...] Segundo pesquisas, a grande maioria das pessoas acredita que os mecanismos de busca são imparciais. Mas isso pode ser apenas porque eles estão cada vez mais inclinados a mostrar nossa própria visão. O monitor do seu computador é, cada vez mais, uma espécie de espelho unidirecional, refletindo seus próprios interesses, enquanto os algoritmos observam no que você clica." Como as redes sociais nos dão informações que tendem a confirmar nossa visão de mundo - que Pariser chama de "uma repetição infundável de nós mesmos" -, as pessoas vivem em bolhas de conteúdo cada vez mais restritas e em jardins murados de pensamento igualmente delimitados. É um dos principais motivos pelo qual liberais e conservadores, democratas e republicanos acham difícil concordar sobre os mesmos fatos e por que um senso comum da realidade está se transformando em algo utópico.⁹⁰

O líder populista consegue construir uma narrativa favorável sobre uma série de acontecimentos (divulgados por meio de manchetes, mensagens e postagens nas redes sociais) que justificam as suas posturas, mesmo que não sejam verdadeiros. A fundamentação ou existência dos fatos não importa, desde que a notícia venha a corroborar com a sua ideologia. No mesmo sentido, Runciman⁹¹ argumenta que a teoria da conspiração é a lógica do populismo: promover um estado constante de paranoia, mesmo que sobre ameaças inexistentes.

⁸⁹ Uma pauta identitária trata da proteção e empoderamento de uma determinada minoria social, consideradas as suas peculiaridades e vulnerabilidades. RESENDE, Paulo Edgar R.; ROSA, Pablo Ornelas. *Ativismo Identitário e o Capital Subalterno. Gavagai-Revista Interdisciplinar de Humanidades*, v. 4, n. 1, p. 245-265, 2017.

⁹⁰ KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade: notas sobre a mentira na era Trump*. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2018, pp. 144-145.

⁹¹ RUNCIMAN, David. *Como a Democracia chega ao fim*, op. cit., pp.72-73.

As redes sociais funcionam também como método de divulgação de propostas imediatistas. Os graves problemas como a segurança pública, a violência e o desemprego encontram soluções fáceis no discurso populista, e a falta de crédito do sistema faz com que os cidadãos deixem de acreditar na efetividade de políticas públicas a longo prazo.

No mesmo sentido, Lilia Moritz Schwarcz⁹² explica que, em períodos de crise, "é fácil oferecer propostas imediatistas embrulhadas em formatos autoritários." Ainda, a autora cita Conrado Hübner Mendes, que argumentou que "o placebo político é [...] um estratagema ilusionista. Deixa a patologia social intocada, mas aplaca por um momento os sintomas e gera a sensação efêmera da cura."⁹³

Perceber o caráter imediatista e de autoengano que sustenta as respostas populistas oferecidas aos problemas sociais é peça chave para a análise das situações presenciadas durante o período da recente crise institucional no Brasil.

2.3 BRASIL: BREVE HISTÓRICO DA CRISE INSTITUCIONAL

É possível apontar as manifestações iniciadas em junho de 2013 como marco da mudança de paradigma ocorrida na política brasileira. As consequências destes protestos alteraram de forma significativa a relação do cidadão com a política, e guiaram o caminho do país até o presente momento.

No mesmo sentido:

[...] diante da crescente insatisfação popular, cada demanda expressada naquelas manifestações extremamente plurais, independentemente do objetivo concreto que visava alcançar, contribuiu para o questionamento das próprias estruturas do sistema político, o seu inimigo em comum. Tal efeito pôde ser sentido tanto a curtíssimo prazo, com a queda vertiginosa dos índices de aprovação de Dilma Rousseff após meras três semanas de protestos, quanto a médio prazo, com a decadência dos principais partidos da vida política brasileira pós-redemocratização e a consequente eleição de Jair Bolsonaro para a presidência da República, já em outubro de 2018.⁹⁴

A onda de manifestações em 2013 organizou a população em torno da descrença no sistema político, sob o enfoque da luta contra a corrupção. Este argumento, no entanto, serviu como combustível para incentivar uma tentativa de

⁹² SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 158.

⁹³ MENDES, Conrado Hübner. "A política do pânico e do circo". In: *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

⁹⁴ PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*, op. cit., p. 40.

desmonte das instituições democráticas e colocou "o sistema" – de forma abstrata e difusa – como um inimigo a ser combatido pelos populares.

Com a cumulação de pautas diversas, as razões de protestar se misturavam a cada nova manifestação, o que fez com que muitos dos participantes não soubessem, objetivamente, os objetivos das suas reivindicações. De acordo com o registro de Marcos Nobre⁹⁵, reivindicações progressistas e conservadoras se confundiram sob o manto da indignação coletiva.

A repercussão deste momento de indignação se estendeu, assim como o discurso antipolítico. A descrença se tornou elemento central da opinião pública e cresceu com a deflagração da Operação Lava Jato.

No ano de 2015 outro elemento entrou em cena: a contestação da legitimidade do resultado das urnas realizada pelo candidato derrotado Aécio Neves, que abriu perigoso precedente em um momento de instabilidade institucional.

O impeachment da Presidente Dilma Rousseff em 2016 foi outro elemento a favorecer a crença de que a força popular, se organizada nas ruas, era capaz de tudo – inclusive de depor presidentes eleitos que não servissem a população. É nesse momento que a (ainda jovem) democracia brasileira entra em sua fase mais "experimental": dissemina-se o incentivo às aventuras presidencialistas, sob a crença de uma subordinação do corpo político ao poder do povo. A lógica que fundamenta esse pensamento é simples: caso o mandato não corra de acordo com o esperado, basta a organização popular para retirar o presidente do poder.

Assim, a correlação entre os movimentos de junho de 2013 e o cenário que se apresenta no presente momento, em 2022, é apresentado por especialistas como Marcos Nobre, na recente obra *Limites da Democracia*:

Junho foi o momento em que o sistema político perdeu o controle da política. Mas Junho não se institucionalizou em termos de um poder paralelo ao sistema político, não adquiriu o caráter de mobilização permanente a desafiar a política oficial, não se organizou em termos da criação de novos partidos com densidade ideológica e eleitoral para mudar os rumos da política. Sob crescente hegemonia da direita e, a partir de 2018, da extrema direita, a energia social de Junho foi canalizada para uma organização em termos de uma oposição extra institucional.⁹⁶

A eleição de Jair Bolsonaro, em 2018, pode ser apontada como resultado e ilustração de uma oposição que se organizou fora da esfera institucional. A

⁹⁵ NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

⁹⁶ NOBRE, Marcos. *Limites da democracia: de junho de 2013 ao governo Bolsonaro*. São Paulo: Todavia, 2022, pp.18-19.

ascensão da extrema direita no país deu-se, mesmo que utilizando dos mecanismos democráticos como a eleição e o espaço de discurso dentro do Congresso Nacional, nos moldes do discurso "*anti-stablishment*".

A rejeição ao sistema, cuidadosamente cultivada na opinião popular desde os protestos de junho de 2013, encontra como opção eleger o candidato que se coloca como um *outsider*, alguém de fora da política tradicional – mesmo que, àquela altura, Jair Bolsonaro tenha exercido o cargo de deputado federal por aproximadamente três décadas. A força política do *outsider* não é desconhecida, e foi peça chave na eleição de Donald Trump nos Estados Unidos, em 2016.

2.4 POPULISMO AUTORITÁRIO NO BRASIL: O GOVERNO DE JAIR BOLSONARO

A situação da democracia brasileira sob o governo de Jair Bolsonaro acendeu o alerta de importantes organizações, como o instituto V-Dem (Varieties of Democracy), Freedom House e o World Justice Project, responsáveis por índices que analisam, respectivamente, a qualidade geral da democracia, das liberdades e do Estado de Direito.

O conceito em foco é a autocracia: no momento, são 33 países em processo de autocratização, o maior número nos últimos 50 anos. Da análise destes processos, destacam-se três elementos: (a) os seis golpes ocorridos em 2021 são um aumento "epidêmico" em relação à média de 1.2 golpes por ano desde o ano 2000, o que demonstra que as erupções democráticas estão se tornando mais comuns em um mundo menos democrático; (b) a polarização política alcançou níveis inéditos, tornando-se tóxica quando o discurso do "nós *versus* eles" apresenta a oposição como uma ameaça à população e questiona a sua legitimidade e (c) o aumento da utilização, por parte dos governos, da desinformação como mecanismo para manipular a opinião pública.

O relatório do V-Dem sobre a onda de autocratizações no mundo indicou o Brasil entre os 10 países mais autocratizados em 2021. Nos casos classificados como "movimentos gerados por partidos anti-pluralistas", estão Hungria, Polônia, Índia, Sérvia, Turquia e Brasil.

Como características comuns a estes governos autocráticos, o relatório aponta que os partidos anti-pluralistas no poder apresentam falta de comprometimento ao processo democrático, desrespeito aos direitos fundamentais

das minorias, encorajam a demonização de oponentes políticos e aceitam a violência política. Ainda, o relatório pontua que estes partidos são, em maioria, nacionalista-reacionários e utilizam do poder para impulsionar agendas autocráticas.⁹⁷

No caso brasileiro, foram destacados ainda pontos preocupantes como a polarização política em níveis tóxicos, além dos discursos antidemocráticos, focados na militarização e desconfiança institucional, por parte do Presidente.

Do mencionado relatório, se extrai:

Por exemplo, a polarização no Brasil começou a aumentar em 2013, e alcançou níveis tóxicos com a vitória eleitoral do Presidente de extrema-direita Jair Bolsonaro em 2018. Desde que assumiu, Bolsonaro juntou-se a manifestantes que pediam pela intervenção militar na política brasileira e o fechamento do Congresso e da Suprema Corte. Além disso, ele promoveu a militarização do seu governo em larga escala, e a desconfiança pública no sistema eleitoral. (tradução nossa.)⁹⁸

Outros elementos apontados, agora no caso do relatório da Freedom House⁹⁹, foram a restrição das liberdades civis, principalmente no caso das liberdades acadêmicas, de expressão, bem como a diminuição das condições econômicas. A população, ressalta o relatório, está cada vez mais temerosa no momento de se manifestar sobre temas como gênero e sexualidade, consequência lógica dos discursos intolerantes proferidos pelo Presidente da república e seus apoiadores, que rechaçam publicamente as pautas da diversidade.

Da constatação da violência política no cenário brasileiro, que frequentemente se mistura ao discurso de ódio contra as minorias, é possível questionar a qualidade democrática no país, sobretudo quando utiliza-se de conceitos como a democracia substancial de Luigi Ferrajoli, que pressupõe a proteção dos direitos fundamentais como critério indispensável da democracia.

Enquadrar a situação brasileira como uma democracia constitucional em pleno funcionamento faz-se tarefa difícil, sobretudo quando artigos fundamentais da

⁹⁷ V-DEM. *Democracy Report 2022*. Disponível em:

https://www.v-dem.net/documents/19/dr_2022_ipyOpLP.pdf. Acesso em: 16 nov. 2022.

⁹⁸ Ibidem. Do original: "For example, polarization in Brazil started rising in 2013 and reached toxic levels with the electoral victory of far-right President Jair Bolsonaro in 2018. Since taking office, Bolsonaro has joined demonstrators calling for military intervention in Brazil's politics and the closure of Congress and the Supreme Court. Moreover, he has promoted a large-scale militarization of his government and public distrust in the voting system."

⁹⁹ FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2022: the global expansion of authoritarian rule*.

Disponível em:

<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2022/global-expansion-authoritarian-rule>. Acesso em: 11 out. 2022.

carta constitucional não são observados, a exemplo do conhecido art. 5º, que dispõe: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade."¹⁰⁰

A constatação pode parecer óbvia, mas rebaixa o país nos principais quadros de comparação para ser classificado como uma democracia eleitoral, no lugar da democracia liberal, o que pode caracterizar a situação como um exemplo de recessão democrática em curso.

Ao longo do mandato do Presidente Jair Bolsonaro foi possível registrar situações em que, objetivamente, membros do governo e as suas forças de apoio antidemocráticas se manifestaram em defesa de pautas extremistas.

Como um dos exemplos, cita-se as manifestações de 7 de setembro de 2021, quando as demandas dos manifestantes incluíam o fechamento do Supremo Tribunal Federal, o impeachment de Ministros da Corte e o voto impresso com contagem pública manual. Alguns, ainda, defendiam a volta do regime militar, com a manutenção do Presidente no poder. O Presidente, que ofendeu diretamente um Ministro do STF, acusou outro de pretender fraudar as eleições e afirmou que não mais cumpriria decisões judiciais com as quais não concordasse.¹⁰¹

No capítulo seguinte serão apresentados, ainda, dois casos que foram objeto de apreciação e decisão do Supremo Tribunal Federal. No primeiro, o chefe do Poder Executivo buscou cercear o direito à informação sobre atos da Administração Pública por meio de Medida Provisória, já no segundo, objetivava veicular campanha que contrariava as orientações da Organização Mundial da Saúde e do Conselho Federal de Medicina.

¹⁰⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicações.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66178/42544>. Acesso em: 19 nov. 2022. p. 18.

3 A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE NO BRASIL

3.1 JURISPRUDÊNCIA DA CRISE

O termo "jurisprudência da crise" surgiu no cenário jurídico português como forma de delimitar a criação jurisprudencial desenvolvida durante o período de crise financeira no país, compreendido entre os anos de 2010 e 2013. De acordo com Pereira¹⁰², foi a partir do conjunto de decisões judiciais proferidas pelo Tribunal Constitucional (TC) de Portugal, as quais analisavam a juridicidade das medidas anticrise, que o termo surgiu.

Durante o período, o Tribunal Constitucional português precisou analisar medidas de austeridade. Inicialmente, permitiu a flexibilização de garantias constitucionais sob o argumento da excepcionalidade e, posteriormente, enfrentou alta tensão institucional quando passou a analisar com maior rigor as medidas que restringiam direitos sociais.

Neste cenário, o papel de jurisdição constitucional exercido pelas cortes constitucionais, na visão de Andréa Magalhães, é delicado, como ressalta na seguinte passagem:

[...] os tribunais assumem maior protagonismo na resposta jurídica a essas demandas não apenas pela repercussão geral, mas pelos efeitos vinculantes e pela força persuasiva de precedentes. O efeito de suas decisões nas contas públicas e privadas e na promoção de direitos universalizáveis é consideravelmente mais amplo. Em razão disso, a análise dessa resposta precisa ser mais cautelosa.¹⁰³

O papel do Poder Judiciário, sobretudo das cortes constitucionais, não é consenso nesse contexto: se por um lado teóricos defendem a adoção de medidas de austeridade, de modo a alcançar rapidamente o final da crise, por outro, há o argumento de que uma corte constitucional não encontra, nem mesmo sob o pretexto de exceção, justificativa para restringir direitos e garantias fundamentais previstos na constituição.

A jurisprudência da crise, portanto, relaciona-se profundamente com um estado de coisas transitório e de emergência, que não foi previsto pelo legislador e

¹⁰² PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Crise econômica e direitos sociais: uma análise sobre a constitucionalidade de restrições a direitos prestacionais. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p.1353-1392, 25 fev. 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/209>. Acesso em: 22 set. 2022.

¹⁰³ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 10.

que requer a adoção de posturas diferenciadas por parte das instituições, de modo a guiar o país, da melhor forma, para o final da situação atípica.

A situação de emergência, também denominada 'fenômeno emergente', é "aquele no qual é impossível, a partir do ponto de vista das leis disponíveis no momento, fornecer uma explicação causal. [...] a emergência é uma constatação, inclusive, relativa ao momento histórico do desenvolvimento."¹⁰⁴

A doutrina buscou estabelecer, de forma objetiva, critérios que permitam afirmar que um conjunto de decisões caracteriza-se como jurisprudência da crise, e não apenas uma jurisprudência produzida em situação de crise. Dessa forma, por meio desses critérios, seria possível utilizar a conceituação da jurisprudência da crise para analisar situações semelhantes em outros contextos.

Nesse sentido, Bitencourt¹⁰⁵ enumera como requisitos para a caracterização como jurisprudência da crise: (i) fundamentação da decisão a partir da correlação entre a excepcionalidade do momento e a transitoriedade da medida tomada; (ii) razão de decidir baseada na consequência da decisão a partir do contexto entre a medida tomada e o combate à crise; e (iii) utilização da comprovação técnica como padrão probatório aos argumentos da alegação.

O papel que se espera do magistrado nesse cenário inusitado não se confunde com o aumento da discricionariedade, que, de acordo com Lenio Streck,¹⁰⁶ caracteriza-se pela utilização de ativismos judiciais com a finalidade de implementar e concretizar os Direitos Fundamentais, sob ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua 'vontade'. Ao contrário: a decisão deverá ser, mais do que nunca, dirigida pelo texto constitucional, de modo que, mesmo com a situação de anormalidade, este seja aplicado na maior extensão possível.

Com grande presteza, sobre o tema, Maria Bedito Urbano afirma:

A principal tarefa dos juízes constitucionais nestas alturas de crise é a de conciliar os imperativos de necessidade com a observância da legalidade. Dito de outro modo, o principal papel dos juízes será o de acomodar a constituição às situações de crise e emergência. Naqueles países em que, como em Portugal, não está constitucionalmente previsto um estado de

¹⁰⁴ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Najara Loureiro. *As respostas da jurisdição constitucional brasileira em momentos de crise: jurisprudência da crise no Brasil (?)*. 2021. 132 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

¹⁰⁶ STRECK, Lênio L. Discricionariedade. In: Id., *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 1.

crise econômico-financeira, nem sequer havendo uma abertura constitucional expressa ao exercício de poderes emergenciais, a tentação dos juízes constitucionais poderá ser a de não considerar os tais imperativos de necessidade e de se ater ao direito positivo estrito. Como se viu, porém, o caminho a seguir não tem que ser inevitavelmente este.¹⁰⁷

A jurisprudência da crise portuguesa, portanto, é ilustrativa das tensões entre o constitucionalismo e a necessária proteção dos direitos sociais em regimes de excepcionalidade financeira.¹⁰⁸ Dispara o alerta para o fato de que, em um cenário de anormalidade institucional, seja ela causada por motivos financeiros, políticos ou sanitários, a produção jurídica deverá estar atenta à realidade que se apresenta.

A análise daquela jurisprudência, portanto, será mais do que nunca inseparável do contexto em que foi produzida. É neste sentido que escreve Bitencourt:

Do exposto, nota-se que a gênese da jurisprudência da crise, em Portugal, se deu em meio a uma conjuntura política específica durante a crise econômica do País e que, nesse contexto, crise e jurisprudência encontram-se indissociáveis, tendo, portanto, seus exames atrelados.¹⁰⁹

Por este motivo, é necessário que a doutrina realize um marco temporal, de forma que a produção jurídica daquele período seja sempre analisada sob o viés da crise, que prejudica a ordem econômica, o equilíbrio institucional e, sobretudo, a lógica jurídica, que foi outrora desenvolvida, em cenários de normalidade. A crise, portanto, faz parte da razão de decidir: evoca a maximização de resultados e direitos, a necessidade de ação conjunta com os demais poderes e, por fim, a adoção de medidas autorizadas apenas sob o critério da anormalidade.

A jurisprudência produzida em tempos de crise, portanto, não pode ser precedente utilizado de forma seletiva: a decisão, em momento algum, poderá se dissociar da sua razão de decidir e não deverá guiar as soluções propostas em tempos de normalidade.

¹⁰⁷ URBANO, Maria Benedita. *Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional*. In: GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). *A crise e o direito público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, p. 23

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. Observatório Constitucional. CONJUR. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais> Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Najara Loureiro. *As respostas da jurisdição constitucional brasileira em momentos de crise: jurisprudência da crise no Brasil (?)*, op. cit., p. 34.

3.2 A JURISPRUDÊNCIA SOB CRISE INSTITUCIONAL

A possibilidade de analogia com o termo português "jurisprudência da crise" para a avaliação do cenário brasileiro surge da constatação de que, quando a crise institucional instaurada por um governo que atua nos moldes do populismo autoritário encontra uma pandemia global, também caberá à Corte Constitucional buscar soluções inusitadas, ou mesmo criativas – dentro da letra da lei – que possam ser aplicadas aos casos concretos, mesmo que criadas em realidades completamente diferentes do presente momento, jamais imaginado pelo legislador.

No caso brasileiro, a gestão da crise sanitária proporcionou novos desafios ao Poder Judiciário, constantemente provocado pelas forças políticas adversárias ao governo, que elegeram o campo judicial como palco para reversão dos embates perdidos na arena representativa. Durante o constante conflito, restou evidente o viés ideológico e populista que sustentou a condução da crise decorrente da pandemia da COVID-19, fortalecida por discursos negacionistas, antidemocráticos, e ações tomadas sem a devida justificação científica.

Como visto no comentário sobre o caso português, a definição da produção judicial criada em certo período como "jurisprudência da crise" utiliza das variáveis daquele cenário também como objeto da decisão. É possível justificar, mesmo que de forma temporária, um posicionamento do tribunal constitucional que não seria considerado correto, ou a melhor decisão, em períodos de normalidade.

Em se tratando do Brasil, é evidente a distinção que deve ser realizada entre os períodos de normalidade, momento em que se realiza a crítica ao considerável nível de discricionariedade encontrada no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal, e a jurisprudência produzida sob crise institucional.

A virada no posicionamento da Corte que, em outros momentos dialogou com os anseios populares e se colocou como mecanismo de tradução da voz das ruas, ocorre, significativamente, quando forças populares se apresentam contra a garantia dos direitos fundamentais e pugnam pela destruição do sistema político consolidado pela Constituição. As ameaças à integridade do sistema constitucional – e aos próprios ministros – apresentam ao Supremo Tribunal Federal um desafio que evoca o fortalecimento do seu caráter contramajoritário.

É indispensável pontuar que a possível classificação da produção jurídica como "jurisprudência da crise" não dispensa, ou sequer flexibiliza, o dever de

fundamentação das decisões judiciais, princípio consagrado no art. 93, IX, da Constituição Federal. A fundamentação é requisito essencial para a legitimidade da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito: o dever de fundamentar opera não apenas como limitação ao arbítrio do julgador, mas também garante a imparcialidade do juiz, controla a legalidade das decisões e possibilita a impugnação da decisão.¹¹⁰

O cenário atípico – principalmente quando resultado da instabilidade institucional – demanda, mais do que nunca, o compromisso do julgador com a fundamentação, que, pelos motivos acima expostos, pode ser considerada a base democrática da decisão.

3.3 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CASOS EMBLEMÁTICOS

De modo a ilustrar o presente estudo, apresenta-se dois casos emblemáticos ocorridos no ano de 2020 como forma de demonstrar como se deram os embates entre Poder Judiciário e Executivo no âmbito das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3.1 Medida Provisória 928/2020 (limitação ao direito de informação)

Entre as decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal no citado período de crise institucional, o enfrentamento com o Poder Executivo foi evidenciado no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 6.347, 6.351 e 6.353. O Tribunal analisou o art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, que determinou limitações arbitrárias ao direito de informação durante o período da pandemia da COVID-19.

A ADI 6.347, proposta pela Rede Sustentabilidade, sustentou que o dispositivo violou os arts. 5º, XXXIII; 37, § 3º, II; e 216, § 2º, da Constituição Federal, e que limita o direito à informação quando (a) suspende os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação; (b) impede o conhecimento de recursos interpostos contra esta negativa de resposta; (c) dificulta seu posterior acesso, por exigir a

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, [S.L.], v. 15, n. 20, 12 jul. 2017. Instituto para o Desenvolvimento da Educação.

necessidade de reiteração do pedido quando findo o estado de calamidade pública e (d) mitiga o controle social às ações públicas por significar obstáculo desproporcional e não razoável ao direito de acesso à informação.

Na ADI 6.351, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB aduziu que o dispositivo impugnado violou, para além dos acima citados, o art. 62, caput, da Constituição Federal. Afirmou que o dispositivo está eivado de (a) inconstitucionalidade formal, por afrontar a separação dos poderes e por não preencher os requisitos de relevância e urgência necessários para a edição de Medida Provisória; e (b) inconstitucionalidade material, pois limitaria o direito à informação, à transparência e à publicidade.

Por sua vez, na ADI 6.353, de autoria do Partido Socialista Brasileiro - PSB, requereu-se a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º-B da Lei n. 13.979/2020 por alegada violação aos arts. 5º, XXXIII, XXXIV, LIV e LV, e 37, caput e § 3º, II, da Constituição Federal. O Partido argumentou que o dispositivo visava impedir a aplicação da Lei de Acesso à Informação de modo a (a) blindar de forma desarrazoada o acesso à informação; (b) flexibilizar a obrigação pública de acesso às informações; e (c) suprimir possibilidade de recurso contra atos administrativos que neguem resposta às solicitações apresentadas com base da Lei de Acesso à Informação aos órgãos e agentes envolvidos com o enfrentamento à pandemia de COVID-19.

Cabe pontuar que o Senado Federal manifestou-se no sentido de que a "análise da juridicidade e da conveniência e oportunidade da MPV nº 928/2020 seria de competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional, sendo situação absolutamente excepcional a intervenção, nesse momento, do Poder Judiciário."

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu que a Administração Pública tem o dever de absoluta transparência na condução dos negócios públicos, e argumentou que, para além disso, o acesso à informação não é apenas um dever, mas um direito fundamental protegido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e consagrado no art. 5º, XXXIII, da Constituição da República, que assegura a todos o direito fundamental de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, de interesse coletivo ou de interesse geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Destaca-se a ementa do julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES GENÉRICAS E ABUSIVAS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA. SUSPENSÃO DO ARTIGO 6º-B DA LEI 13.979/11, INCLUÍDO PELA MP 928/2020. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. 1. A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade. 2. À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. 3. O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade. 4. Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.347, 6.351 e 6.353. Medida cautelar referendada.

O direito à informação é requisito essencial para a participação popular dentro do Estado Democrático de Direito, por meio do qual os cidadãos podem contestar e fiscalizar os atos do poder público. Kim Lane Scheppele¹¹¹ explica que, em combinação com a postura ativa das instituições, os cidadãos devem ter protagonismo na difusão e defesa de uma cultura democrática. Sustenta que, por meio de mecanismos de *accountability*, o povo pode oferecer resistência e a disseminação dos valores democrático-constitucionais.

A importância dos mecanismos de *accountability* foi destacada no voto do Ministro Luiz Fux, e o conceito deve ser compreendido em seus três aspectos.

Sobre o assunto, é o que escreve Santos:

Entre os diferentes tipos de controles institucionais, por meio dos quais se busca efetivar essa transparência e gestão de resultados, está o conceito de *accountability*, sem tradução para o português, que abrange três aspectos: a obrigação do administrador público de prestar contas à sociedade; a responsabilização dele por seus atos e resultados; e sua disposição de adotar as políticas preferidas por seus governados (responsividade).¹¹²

Desse modo, é possível perceber a opção realizada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de prestigiar aquele princípio que considera essencial para o exercício democrático, mesmo sob os riscos que acompanham um embate entre os Poderes. A decisão sobre a Medida Provisória, principalmente quando se considera

¹¹¹ SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 85, n. 2, p. 545-583, mar./2018. Disponível em: https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/11%20Scheppele_SYMP_Online.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

¹¹² SANTOS, Nayaria Cristina. Mecanismos de *accountability* horizontal e confiança pública no desempenho organizacional. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 18 – n. 54, p. 31-55 – jul./dez. 2019.

que o Senado Federal sustentou a competência exclusiva do Poder Legislativo para tal, é catalisadora do desconforto institucional, abalando os mecanismos de freios e contrapesos.

Pode-se argumentar que a ação do Tribunal – anota-se: direta e pontual, relacionada às circunstâncias – segue princípios semelhantes aos que guiaram o inquérito das fake news (inquérito nº 4.871), pois responde institucionalmente às ameaças autoritárias sofridas pelo Estado Democrático de Direito:

É um típico exemplo de dispositivo que foi acionado como uma forma de “democracia militante” contra os inimigos do Estado Democrático de Direito e, no caso concreto, inimigos que são da atuação do próprio Poder Judiciário enquanto instituição democrática e guardião da própria Constituição. A resposta institucional, buscada pelo Supremo Tribunal Federal, tem uma ligação direta com uma solução política para o acossamento das instituições realizado por aqueles que buscam o desmantelamento da democracia. Se a própria justificação jurídica do Inquérito é discutível com opiniões divergentes sobre sua constitucionalidade, constituindo-se, portanto, numa *hardball*, a instauração não passa de uma resposta *ex post facto* e pontual contra a ascensão de movimentos antidemocráticos que, financiados e organizados, exigem uma atuação institucional nos limites da legalidade para a proteção e preservação institucional e da própria democracia.¹¹³

Assim como no caso do inquérito das fake news, também na análise de inconstitucionalidade da Medida Provisória 928/2020 o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido da preservação do Estado Democrático de Direito e seus pilares.

3.3.2 ADPFs 668 e 669 (campanha "O Brasil não pode parar")

As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 668 e 669, ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e pelo partido político Rede Sustentabilidade pugnaram, em sede de medida liminar, pela proibição e interrupção da veiculação da campanha denominada "O Brasil não pode parar", que argumentam, consistia em “um filme que defende a interrupção do isolamento da população mais jovem e inúmeros outros setores produtivos, especialmente trabalhadores, com a volta da normalidade”.

Na fundamentação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) arrazoou ainda que:

¹¹³ SILVA, Diogo Bacha e; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. A erosão constitucional na Constituição de 1988: o Supremo Tribunal Federal, os ventos autoritários e a jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1. p. 31-63, 2022.

sequer razoável suspender a quarentena e o isolamento social sem qualquer fundamentação científica e médica, em contrário às recomendações do mais alto organismo mundial de saúde pública (OMS) e da imensa maioria dos epidemiologistas e sanitaristas brasileiros, e pior ainda, diante do crescimento exponencial de pessoas contaminadas e levadas a óbito em razão da epidemia do coronavírus.

Os requerentes afirmaram que a publicidade teria o custo total de R\$ 4,8 milhões, realizada sob dispensa de licitação, de modo que o Governo Federal investiria aproximadamente cinco milhões de reais na divulgação de material publicitário elaborado sem qualquer base científica em um momento de vulnerabilidade econômica e sanitária no país; segundo alegam, "os recursos públicos, já tão escassos e extremamente necessários nessa época de crise nacionalmente espalhada, merecem uma destinação mais adequada e proveitosa do que para fins de publicidade sem qualquer respaldo científico."

Ademais, sustentaram que a ação viola princípios da Administração Pública como a legalidade, moralidade e improbidade: "o Sr. Presidente da República embaralha intenções puramente pessoais com aquelas que deveria defender de modo institucional".

O STF, em decisão monocrática prolatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, deferiu a liminar requerida pelo partido Rede Sustentabilidade. Na fundamentação, apresentou pronunciamentos da Organização Mundial da Saúde, do Conselho Federal de Medicina e do *Imperial College COVID-19 Response Team*, que demonstraram a necessidade de medidas extremas para combater a pandemia, mesmo com a ciência dos impactos econômicos que resultam desta postura. As entidades defendem o isolamento social como medida primordial para a proteção dos cidadãos.

Nesse sentido, destaca-se da referida decisão:

Nessa linha, uma campanha publicitária, promovida pelo Governo, que afirma que "O Brasil não pode parar" constitui, em primeiro lugar, uma campanha não voltada ao fim de "informar, educar ou orientar socialmente" no interesse da população (art. 37, §1º, CF). Em momento em que a Organização Mundial de Saúde, o Ministério da Saúde, as mais diversas entidades médicas se manifestam pela necessidade de distanciamento social, uma propaganda do Governo incita a população ao inverso. Trata-se, ademais, de uma campanha "desinformativa": se o Poder Público chama os cidadãos da "Pátria Amada" a voltar ao trabalho, a medida sinaliza que não há uma grave ameaça para a saúde da população e leva cada cidadão a tomar decisões firmadas em bases inverídicas acerca das suas reais condições de segurança e de saúde.

No caso em análise, é necessário pontuar que a Procuradoria-Geral da República argumentou em parecer que não se encontrava preenchido, em nenhuma das ADPFs, o requisito da subsidiariedade, exigido para o recebimento das ações (Art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/1999), por conta do ajuizamento de Ação Popular na 22ª Vara Cível da Subseção Judiciária de São Paulo e outra na 20ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Ainda, em outra ação, no dia 28 de março de 2020, a Justiça Federal do Rio de Janeiro, em sede de Ação Civil Pública, havia concedido liminar que suspendeu a veiculação da mesma campanha publicitária. Tendo esta decisão efeito *erga omnes*, é possível compreender que os direitos em questão já se encontravam resguardados, de modo que se questiona a opção do STF por proferir decisão liminar.

Sobre o caso em análise, escreveu Wilson Steinmetz:¹¹⁴

Uma medida cautelar concedida pelo STF em ADPF tem muito mais impacto midiático, político e social do que uma tutela de urgência deferida por um juízo monocrático de primeiro grau em ação civil pública, não obstante o objeto e os efeitos, neste caso, fossem os mesmos.

A decisão, mesmo que monocrática, indica que o Tribunal optou por uma posição mais ativa, de modo que se responsabilizou não apenas pelo seu papel específico, em sede de controle de constitucionalidade, mas agiu no sentido de assumir poderes relacionados à proteção da democracia dentro da esfera política, utilizando de sua notoriedade atribuída pelo desenho constitucional.

3.4 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA CRISE DEMOCRÁTICA

Na obra *"How to Save a Constitutional Democracy"* Tom Ginsburg e Aziz Huq¹¹⁵ sustentam que as Cortes Constitucionais, cada vez mais, assumem papéis como a supervisão e certificação de eleições, condução de processos de impeachment, regulamentação de partidos políticos ou mesmo a aprovação de declarações de estado de emergência. As Cortes, nesse sentido, tornaram-se

¹¹⁴ STEINMETZ, Wilson. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e Covid-19: uma conjectura a partir da ADPF 669. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [S. l.], v. 21, n. 2, 2020. p.556

¹¹⁵ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: The Chicago University Press, 2018.

instituições essenciais para que se impeça o retrocesso constitucional. De acordo com os autores, os tribunais são "o canivete suíço do desenho constitucional".

A atuação dos Tribunais Constitucionais, neste cenário, pode ser guiada por teorias de interpretação constitucional maximizadora. A busca por uma concordância prática, nos termos do que leciona o italiano Gustavo Zagrebelsky, faz com que o Tribunal proteja, de forma simultânea, valores aparentemente opostos "mediante soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto".¹¹⁶

Sobre a concordância prática, escreve o autor:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado -- isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.¹¹⁷

Desse modo, o esforço das Cortes Constitucionais no sentido da preservação das instituições democráticas pode ser compreendido como a realização das condições de possibilidade para os mais variados projetos ideológicos, com a proteção do maior número possível de direitos e garantias fundamentais.

O pensamento pode ser relacionado com o já citado texto de Ronald Dworkin, que trata das condições necessárias para o funcionamento da democracia. Caso esses pressupostos não sejam devidamente atendidos, não há que se tratar de alcançar a efetivação de qualquer dos direitos estabelecidos pela constituição, uma vez que, como visto, são indissociáveis do sistema constitucional.

No caso brasileiro, a postura ativa do Poder Judiciário pode ser interpretada como uma reação institucional, proporcional à dimensão das ameaças ao sistema democrático, que atua no sentido de garantir as condições necessárias para a coexistência do maior número de direitos.

Em referência ao atual governo, Conrado Hübner disserta:

Bolsonaro ensina muitas lições sobre democracia e constituição. Ensina, por exemplo, que presidente engajado na supressão de limites jurídicos, se não

¹¹⁶ ZAGREBELSKY, 1999, p.16, apud MENDES, Gilmar. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. Observatório Constitucional. CONJUR. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-p-ossivel-caminhos-solucoes-constitucionais> Acesso em: 12 set. 2022.

¹¹⁷ Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3ª edição. Ed. Trotta S.A., Madrid, 1999. p. 13

enfrentado à altura, vai levar instituições à fadiga e esgotamento. Valores imateriais como liberdades civis e políticas deixam de ter lastro real e passam a depender apenas da boa vontade e das boas relações. E da sua condição social. Deixam de ser liberdades, portanto. Já a promoção de valores materiais como desenvolvimento econômico e redução da pobreza, na ausência de regras estáveis, coordenação institucional e confiança, torna-se inviável e ineficiente.¹¹⁸

É possível argumentar que o STF tenha objetivado realizar uma recondução da democracia ao seu caminho constitucionalmente estabelecido durante o período de crise. Na obra "Presidencialismo de Coalizão", Sérgio Abranches¹¹⁹ explica que, ao longo da história do Brasil, as forças militares costumavam agir como Poder Moderador nos momentos de conflito. Essa postura redundou inclusive em golpes de Estado. Com o fortalecimento da carta constitucional, muito mais avançada contra mecanismos de tomada e usurpação de poder, pode-se questionar que este papel moderador tenha migrado para o Poder Judiciário, mais especificamente na figura do Supremo Tribunal Federal.

Apesar do fato de alguns ministros recusarem a utilização da expressão "jurisprudência da crise" sob o argumento de que a interpretação da Constituição é contínua, e não se associa e ou muda por conta do contexto¹²⁰, outros têm reconhecido a atuação excepcional do Tribunal na resistência democrática, como fez Luís Roberto Barroso em estudo recente:

O Brasil tem sido um caso de sucesso na resistência democrática ao populismo extremista e autoritário, como já noticiado acima. O Supremo Tribunal Federal reagiu energicamente aos ataques contra as instituições e contra o próprio tribunal, com decisões que preservaram a democracia, com procedimentos criminais e com pronunciamentos incisivos de seu presidente.¹²¹

A fadiga resultante do enfrentamento percebido entre as instituições é danosa ao bem-estar constitucional; a discordância torna-se preocupante especialmente

¹¹⁸ HÜBNER, Conrado. "Como as autocracias nascem". Folha de São Paulo, 5 de outubro de 2022.

Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2022/10/como-autocracias-nascem.shtml>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹¹⁹ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

¹²⁰ O texto de Fernando Leal, publicado no JOTA, questiona a delimitação de uma jurisprudência de crise no contexto da pandemia da COVID-19. Relembra momento em que os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio rejeitam a utilização do termo no julgamento sobre a lei de responsabilidade fiscal. Escreve: "O Supremo, nas palavras de Moraes, 'interpreta a Constituição'. Senão daqui dois anos não tem mais crise e se interpreta diferente a Constituição". LEAL, Fernando. "O Supremo e a pandemia: é preciso uma jurisprudência da crise?". JOTA, 01 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/stf-pandemia-crise-jurisprudencia-01042020>. Acesso em 23 nov. 2022.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder*, op. cit. p. 20.

quando os Poderes – destinados todos ao cumprimento dos preceitos democráticos – discordam em questões fundamentais para a preservação do Estado Democrático de Direito.

A análise da conjuntura de crise deve ter em conta a delicada interação entre as figuras institucionais quando as denominadas "grades de proteção da democracia" são rompidas: Levitsky e Ziblatt¹²² dissertam que as democracias modernas são guiadas, para além das leis, por regras não escritas amplamente conhecidas e respeitadas.

Esse conjunto de ideais tácitos fortalece um sistema de crenças que sustenta o ordenamento jurídico dentro de cada sociedade. A concepção sobre regras não escritas que efetivam o texto constitucional pode ser relacionado com o que outrora foi denominado por Konrad Hesse como "vontade da constituição" (*wille zur verfassung*)¹²³, ou, nas palavras de Karl Loewenstein, como "sentimento de constituição".

A situação muda de figura quando os participantes da arena política passam a privilegiar agendas próprias em detrimento do sistema constitucional. Esse comportamento, que Mark Tushnet denomina "jogo duro constitucional" (*constitutional hardball*)¹²⁴, consiste na adoção de práticas lesivas ao equilíbrio institucional, que desrespeitam as regras não escritas da política, mas ainda estão em conformidade com a letra da lei, ou podem ser justificadas com manobras que as revestem de uma aparência de legalidade.

O cenário resultante quando um dos poderes age em desacordo com a postura esperada (no caso do Brasil, um Executivo autoritário, que concentra poderes de acordo com o *modus operandi* descrito por Nancy Bermeo¹²⁵ quando elenca as novas formas de golpe), é um posicionamento diferenciado das demais forças, de modo a equilibrar novamente a balança.

3.5 CAMINHOS PARA O FUTURO: RETOMADA DEMOCRÁTICA

¹²² LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, op. cit.

¹²³ Escreve o autor: "Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente". HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

¹²⁴ TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. *The John Marshall Law Review*, v. 37, n. 7, 2004.

¹²⁵ BERMEO, Nancy. *On Democratic Backsliding*, op. cit.

O caminho para a estabilidade democrática, em cenários de normalidade, encontra a autocontenção como mecanismo essencial. O equilíbrio entre os Poderes, de acordo com a teoria dos *checks and balances*, não é apenas a limitação de um poder pelo outro, mas também a sua auto-limitação dentro dos papéis constitucionalmente estabelecidos.

No contexto em análise, será necessário que os agentes do Poder Judiciário reconheçam que, cessado o estado excepcional, devem retomar uma postura menos interventiva. A autocontenção, para Luís Roberto Barroso¹²⁶, é a redução do espaço de incidência da constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. O conceito não é pacífico na doutrina, mas se relaciona ao entendimento de que a fiscalização de constitucionalidade é também uma atividade política, de modo que deve ser exercida com parcimônia.

A figura da autocontenção foi tratada na obra "Ulisses acorrentado" do filósofo Jon Elster. O autor resgata a passagem da obra de Homero, quando Ulisses se amarra ao mastro do navio para poder ouvir o canto das sereias em segurança, para tratar da importância de mecanismos como auto restrição e autolimitação¹²⁷. Elster sustenta que as constituições são mecanismos de pré-compromisso, assim como as correntes que prenderam Ulisses, que mantêm os Poderes seguros dos impulsos arbitrários.

A autocontenção não deve ser confundida com omissão ou negligência; nas palavras de Alexander Bickel,¹²⁸ a Suprema Corte deve ter uma vantagem passiva, que denomina "decidir não decidir". Isso significa que deverá ter uma postura compatível com a democracia representativa, no sentido de reservar certas decisões às maiorias populares, na figura dos políticos eleitos.

O não decidir, em certos casos, deve ser uma opção consciente e autônoma da Corte, sem que precise sofrer essa limitação por qualquer outro poder. É quando reconhece a possibilidade de agir, mas opta por uma posição diversa do "jogo duro

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, op. cit.

¹²⁷ Na história de Ulisses, o canto das sereias despertava as paixões dos homens e os levava à ruína, fazendo com que desviassem dos seus objetivos. Ulisses, conhecedor dos riscos que enfrentaria e ciente da missão de comandar seu navio no retorno à Ítaca, ordena que os companheiros protejam os ouvidos e amarrem-no ao mastro. Elster utiliza desses elementos para tratar da necessidade dos mecanismos de pré-compromisso e autocontenção estabelecidos nas constituições, uma vez considerados os perigos das imperfeições da natureza humana. O autor cita ainda o trecho de John Potter Stockton: "constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frenesi."

¹²⁸ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2º ed. New Haven and London: 1986.

constitucional": "o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui."¹²⁹

A opção do ativismo judicial pela interferência é indesejável sob o contexto de normalidade institucional, pois prejudica a saúde democrática ao usurpar competências das maiorias legislativas e ferir o princípio constitucional da separação de poderes. A classificação do ato judicial como ativismo, todavia, é relativa à compreensão de cada autor acerca do conceito de democracia e dos seus pressupostos essenciais.

É possível argumentar, por exemplo, que de acordo com a teoria da democracia substantiva de Luigi Ferrajoli, a proteção dos direitos fundamentais de grupos minoritários por meio do controle de constitucionalidade não configura ativismo judicial, mas sim o cumprimento de um dos papéis da Corte em conformidade ao seu caráter contramajoritário. Assim, subordinada não às maiorias legislativas, mas ao texto constitucional. O entendimento, no entanto, não é pacífico.

No cenário de normalidade institucional, quando estão fora de questão as ameaças ao sistema democrático, – superados os riscos de restrição ao direito à informação e à livre expressão, a demonização dos oponentes políticos e a defesa de liberdades para disseminação do discurso de ódio, ou mesmo as ameaças à integridade do sistema eleitoral – o ativismo judicial não se justifica, e pode ser interpretado como uma violação grave ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

A existência de um Poder que se sobressai aos outros e desrespeita o desenho do equilíbrio entre os poderes eventualmente fará com que outra força assuma o papel de moderação, prolongando a crise institucional *ad infinitum*.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, op. cit., p. 20.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou compreender os limites da atuação do Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, dentro do contexto da crise democrática no Brasil. Ao argumentar que este é um cenário atípico, o trabalho propôs uma delimitação da produção jurídica relacionada à instabilidade institucional.

O primeiro capítulo tratou dos conceitos de democracia procedimental, democracia substancial e, por fim, democracia militante e/ou defensiva. Utilizou de conceitos como o "Paradoxo da Tolerância" de Karl Popper para realizar questionamentos sobre os limites da transigência democrática com grupos intolerantes. Apresentou observações sobre o processo constituinte de 1988, responsável por um pacto constitucional extenso e detalhado, que resultou na ampliação das competências da Corte Constitucional. O capítulo também realizou questionamentos acerca da dificuldade contramajoritária, do possível papel representativo do Supremo Tribunal Federal e da crise de representação política.

O segundo capítulo pontuou elementos da crise democrática, como o populismo autoritário, erosão e recessão democrática e, por meio destes, realizou observações sobre a situação no Brasil, compreendendo os ataques concretos realizados contra as instituições.

O terceiro capítulo resgatou o conceito de jurisprudência da crise, criado no direito português, bem como os requisitos para que a produção jurídica possa ser reconhecida como tal. Analisou dois casos paradigmáticos de embate entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, e tratou das teorias maximizadoras de interpretação constitucional. Por fim, pontuou a autocontenção como elemento essencial em um cenário de retorno à normalidade institucional.

No que diz respeito ao objetivo geral, o trabalho analisou a possibilidade de que o Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, utilize do seu caráter contramajoritário para defender a integridade do sistema constitucional em momentos de crise institucional, mesmo que por meio de decisões que poderiam ser consideradas inadequadas em cenários de normalidade.

Com base nos critérios utilizados para a classificação de líderes como autoritários, quais sejam: a rejeição das regras do jogo democrático; a demonização dos oponentes políticos; o encorajamento à violência política e a restrição das

liberdades civis de oponentes e da mídia, o trabalho concluiu que o Estado Democrático de Direito sofreu ameaças concretas (comuns e classificáveis em âmbito mundial) que caracterizam a situação de crise e justificam uma postura diferenciada por parte do Poder Judiciário, citando como exemplo destas ameaças os protestos anti-democráticos ocorridos em 7 de setembro de 2022.

Reconhecido o cenário de instabilidade democrática, é possível compreender que as instituições devem se posicionar de forma ativa, nos moldes das teorias da democracia militante e defensiva, de modo a preservar os direitos fundamentais garantidos pela Carta Constitucional, apesar do danoso desgaste resultante dos embates entre os Poderes.

Com o objetivo de ilustrar o debate, o estudo trouxe duas decisões emblemáticas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das restrições ao direito de informação estabelecidas pela Medida Provisória de nº 928/2020 e o debate sobre a campanha do Governo Federal denominada "O Brasil não pode parar", que defendeu o retorno à normalidade e o fim do isolamento social mesmo quando importantes instituições de saúde se posicionaram no sentido contrário.

Em ambos os casos, foi possível perceber que o STF não agiu apenas no controle de constitucionalidade, mas também atuou como garantidor ativo dos preceitos constitucionais e democráticos, utilizando da sua posição de destaque institucional para reforçar a defesa dos preceitos democráticos como o direito à informação e transparência da Administração Pública.

Entende-se que a legitimidade de tal posicionamento advém de fonte diversa do corriqueiro ativismo judicial em períodos de normalidade. Enquanto este usurpa competências do Poder Executivo e decide sobre assuntos que deveriam ser deliberados na esfera política sob o critério majoritário, aquele é centrado no papel que a Constituição da República de 1988 atribuiu à Corte em seu art. 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição." O artigo, vale ressaltar, não isenta os demais Poderes da tarefa, mas estabelece a guarda da Constituição como o primeiro e essencial dever do STF.

As decisões judiciais prolatadas em sede de defesa democrática possuem como elemento central a situação de crise e as ameaças concretas ao sistema constitucional, de modo que não se justificam em cenário de normalidade. É por este motivo que se entende necessária a delimitação da produção jurídica no período,

pois os precedentes não poderão ser utilizados como parâmetros para justificar o ativismo judicial em cenários futuros.

Com base nos critérios objetivos apontados pela doutrina quando da análise do cenário de crise português, compreendido no período de 2010 a 2013, o estudo buscou compreender a viabilidade de se classificar a produção jurídica do Supremo Tribunal Federal em período de excepcionalidade democrática como "Jurisprudência da Crise".

O trabalho constatou que as decisões citadas cumprem requisitos como: a correlação entre a excepcionalidade do momento e justificativa da medida tomada; a razão de decidir baseada nas consequências das medidas de combate à crise; e ainda, nos casos que envolviam a pandemia da Covid-19, a utilização de comprovação técnica como fundamentação das decisões proferidas.

Desta forma, mesmo que a expressão "Jurisprudência da Crise" não seja futuramente utilizada, o estudo compreende que foram atendidos os critérios para que a produção jurídica em questão seja considerada excepcional. Assim, é necessário que os operadores do Direito estejam atentos aos limites da orientação jurisprudencial criada em período de exceção, pois as posturas defensivas por parte dos órgãos julgadores devem cessar com o fim das ameaças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ARAÚJO, Filipe Silveira; KUSSLER, Leonardo Marques. DA [IM] POSSIBILIDADE DA TOLERÂNCIA PARA COM O INTOLERANTE. **Occursus**, v. 5, n. 1, p. 236-250, 2020.

ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional." Trad. Luís Afonso Heck. In: **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.)

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)." **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva editora, 2009.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. "Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas." **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença, [S. I.]**, v. 16, n. 1, p. 217–266, 2018. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/494>. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018;

_____. "Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder." **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66178/42544>. Acesso em: 29 set. 2022. DOI: 10.1590/2179- 8966/2022/66178.

BERMEO, Nancy. "On Democratic Backsliding". **Journal of Democracy**, vol. 27, n° 01, 2016.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**. Yale University Press. 2º ed. New Haven and London: 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Najara Loureiro. **As respostas da jurisdição constitucional brasileira em momentos de crise: jurisprudência da crise no Brasil (?)**. 2021. 132 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 29 de maio de 2008.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 29 de maio de 2008.

_____. **Referendo da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.351**. Julgado em 25 de março de 2020. Relator: Ministro Alexandre de Moraes.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 668**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 31 de março de 2020.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente**, São Paulo: Politeia, 2019.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

DALY, Tom Gerald. **“Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro”**. *14th International Human Rights Researchers’ Workshop: ‘Democratic Backsliding and Human Rights’*, 2019

DIAMOND, Larry. **Facing Up to the Democratic Recession**. *Journal of Democracy*, Volume 26, Number 1, January 2015, pp. 141-155.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, p. 119-161, 2013.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. **European Journal of Philosophy**, n.3, v.1, p. 2-11, april, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELSTER, Jon. **Ulisses and the Sirens**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Princípios Constitucionais e Democracia**. Florianópolis: Habitus, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. **Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 133-147, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil**. [S.l.] 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503043/001011324.pdf?seque>. Acesso em: 31 out. 2022, p. 161.

FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2022: the global expansion of authoritarian rule**. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2022/global-expansion-authoritarian-rule>. Acesso em: 11 out. 2022.

GAVIÃO, Vanessa. **A relação entre o constitucionalismo e a democracia: Uma análise da nova lei de cotas sociais**. Revista de Informação Legislativa: Ano 50 Número 199 jul./set. 2013.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. **How to save a constitutional democracy**. Chicago: The Chicago University Press, 2018.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HUBNER, Conrado. **"Como as autocracias nascem"**. Folha de São Paulo, 5 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2022/10/como-autocracias-nascem.shtml>. Acesso em: 10 out. 2022.

IANNI, Octavio. **O colapso do populismo no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juízes. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, junho, 2003.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies: contested power in the era of Constitutional Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade: notas sobre a mentira na era Trump**. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. São Paulo: Zahar, 2018.

LAUT. **O caminho da autocracia - Estratégias atuais de erosão democrática**. São Paulo: Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo, 2022. Disponível em: <https://laut.org.br/wp-content/uploads/2022/08/o-caminho-da-autocracia-LAUT.pdf>. Acesso em: 05 out. 2022.

LEAL, Fernando. "O Supremo e a pandemia: é preciso uma jurisprudência da crise?". **JOTA**, 01 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/stf-pandemia-crise-jurisprudencia-01042020>. Acesso em 23 nov. de 2022.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. **The American Political Science Review**, vol. XXXI, nº 03, 1937, pp. 417-432.

_____. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. **The American Political Science Review**, vol. XXXI, nº 04, 1937.

_____. "Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe, I". *The American Political Science Review*, vol. XXIX, nº 04, 1935.

NEVES, Isadora Ferreira. Democracia, garantismo e direitos fundamentais: uma observação do papel da jurisdição no garantismo de Ferrajoli. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v.13, n. 1, jan./jun. 2012.

NUNES, Daniel Capecchi. **Promessa constitucional e crise democrática: o populismo autoritário na Constituição de 1988**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Mimeografada, 2022.

NOBRE, Marcos. **Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013

_____. **Limites da democracia: de junho de 2013 ao governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2022.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. "A política do pânico e do circo". In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MENDES, Gilmar. **Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais**. Observatório Constitucional. CONJUR. 2020.

Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 10 set. 2022.

MEYER, Emilio Peluso Neder; LOPES, Mariana Tormin Tanos; LINHARES, Emanuel Andrade. Pandemia e erosão da democracia constitucional: uma análise dos ataques à transparência no Brasil. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 96, p. 93-122, nov./dez. 2020.

MOUNK, Yascha. **O Povo Contra a Democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

_____. **The end of history revisited**. *Journal of Democracy*, vol. 31, n. 1, p. 22-35, 2020.

NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita: uma radiografia da eleição de Bolsonaro em 2018**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2020.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Existem Direitos Absolutos? Direitos Humanos, Autonomia do Direito e a Esfera do Indecidível. **Revista de Direito da Cidade**, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 736-759, 16 jan. 2019. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Crise econômica e direitos sociais: uma análise sobre a constitucionalidade de restrições a direitos prestacionais. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p.1353-1392, 25 fev. 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/209>. Acesso em: 22 set. 2022.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020

POPPER, Karl. **The Open Society and Its Enemies**, vol. 1: The Spell of Plato. London: Routledge, 1947, p.226.

RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de filosofia do direito**. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 414-418.

RUNCIMAN, David. **Como a Democracia chega ao fim**. 2. ed. São Paulo: Todavia, 2019.

SANTOS, Nayaria Cristina. Mecanismos de accountability horizontal e confiança pública no desempenho organizacional. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 18 – n. 54, p. 31-55 – jul./dez. 2019.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 22 set. 2022.

SCHEPPELE, Kim Lane. **Autocratic Legalism. University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 85, n. 2, p. 545-583, mar./2018. Disponível em: https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/11%20Scheppelle_SYMP_Online.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Diogo Bacha e; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. A erosão constitucional na Constituição de 1988: o supremo tribunal federal, os ventos autoritários e a jurisdição constitucional.. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 12, n. 1, p. 31-63, 2 maio 2022. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpb.v12i1.7576>. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/100513/1/Constitutional-erosion-in-the-1988-Constitution-the-Federal-Supreme-Court-authoritarian-winds-and-judicial-reviewRe vista-Brasileira-de-Politic as-Publicas.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2022.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

STEINMETZ, Wilson. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e Covid-19: uma conjectura a partir da ADPF 669. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S. l.], v. 21, n. 2, p. 551–562, 2020. DOI: 10.18593/ejl.26595. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/26595>. Acesso em: 19 nov. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. 721–732, 2016. DOI: 10.18593/ejl.v17i3.12206. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. Discricionariedade. In: Id., **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, [S.L.], v. 15, n. 20, p. 160-179, 12 jul. 2017. Instituto para o Desenvolvimento da Educação. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p160-179.2017>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1400>. Acesso em: 20 nov. 2022.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **The John Marshall Law Review**, v. 37, n. 7, p. 523-553, 2004. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580>. Acesso em 27 out. 2022.

URBANO, Maria Benedita. Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). **A crise e o direito público**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, p. 23.

VAN DEN BERGH, George. *De democratische staat en de niet-democratische partijen*. Amsterdã: De Arbeiderspers, 1936.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

_____. **O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, São Paulo: n.8, jul/dez, 2008. p. 441-464.

V-DEM. **Democracy Report 2022**. Disponível em: https://www.v-dem.net/documents/19/dr_2022_ipyOpLP.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid, Trotta, 2016.