



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM FACE DOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS: ENTRE
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Beatriz Gomes Sargaço de Carvalho

Rio de Janeiro
2022

BEATRIZ GOMES SARGAÇO DE CARVALHO

O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM FACE DOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS: ENTRE
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Guilherme Braga Peña de Moraes

Coorientadora:

Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro

2022

BEATRIZ GOMES SARGAÇO DE CARVALHO

O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM FACE DOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS: ENTRE
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidada: Prof. Ana Paula Teixeira Delgado - Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

Orientador: Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes - Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A minha avó Maria, sinônimo de perseverança,
com carinho.

AGRADECIMENTOS

Aos que sempre estiveram comigo, meus pais, Claudia e Jorge, e meus irmãos, Bernardo e Felipe. Ao Daniel, cujo apoio foi fundamental para o dia a dia do presente trabalho acadêmico.

À EMERJ, em especial à equipe do SEMON, sempre disponível e atenciosa.

Ao professor Guilherme Peña e à professora Mônica Cavalieri, pelas valorosas críticas e conselhos.

Aos meus amigos(a) da EMERJ – Andreia, Andressa, Fernanda, Bruna, Tainah, Tati – pela cumplicidade e bons momentos.

Às demais pessoas que eu conheci durante minha formação e que contribuíram imensamente para o meu crescimento pessoal e profissional, o meu mais sincero agradecimento.

“A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem”.

Guimarães Rosa

SÍNTESE

O presente trabalho analisa o crescimento de atos antidemocráticos que se contrapõem ao próprio Estado Democrático de Direito, às suas instituições e a diversos princípios assegurados no texto constitucional de 1988. Esses atos possuem uma contradição em si – ao invocarem o próprio princípio democrático, bem como a liberdade de expressão e manifestação como forma de respaldar suas ações. Nesse contexto, o Poder Judiciário é chamado a intervir, recebendo o encargo de promover o correto dimensionamento e promover o equilíbrio entre legitimidade democrática e a garantia dos direitos fundamentais, sendo esse o objeto de estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; Atos Antidemocráticos; Garantia dos Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI	11
1.1. Poder Judiciário e a Construção do Papel Contramajoritário e Representativo.....	14
1.2. Neoconstitucionalismo(s) e o Poder Judiciário	18
1.3. Da Judicialização Ao Ativismo.....	24
2. OS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	33
2.1. Democracia?.....	33
2.2. Atos Antidemocráticos no Brasil e no Mundo	36
2.2.1. O que são os atos antidemocráticos?.....	37
2.3. Apodrecimento Constitucional e Jogo-Duro Constitucional.....	44
2.4. Constitucionalismo Abusivo	45
2.5. Atos Antidemocráticos e a Liberdade de Expressão.....	48
3. O PAPEL DA CORTE NA DEFESA DA ORDEM CONSTITUCIONAL EM FACE DOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS.....	58
3.1. Ataques ao Poder Judiciário	58
3.1.1. Poder Judiciário: Independência, imparcialidade e a responsabilidade social do Magistrado.....	60
3.1.2. Atos Antidemocráticos, o Judiciário e a vulnerabilidade democrática do cenário brasileiro	62
3.1.3. Atos antidemocráticos e o protagonismo do STF	63
3.1.4. Decisão do STF posta em cheque.....	69
3.2. Crimes contra a ordem democrática	71
3.3. A importância da publicidade e da argumentação jurídica no controle dos discursos antidemocráticos.....	76
3.3.1 Teoria da Argumentação Jurídica à luz de Manuel Atienza	78
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo a análise do papel do Poder Judiciário em face dos atos antidemocráticos, em especial no que se refere à ponderação entre legitimidade democrática e garantia dos direitos fundamentais.

A instituição do Estado Democrático de Direito, por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de caráter essencialmente normativo, trouxe como reflexo o crescimento da atuação do Poder Judiciário, principalmente no que se refere à promoção e à proteção dos direitos fundamentais, despertando o interesse no meio jurídico (e até mais fora dele) do papel – muitas vezes contramajoritário e político – que esse Poder desempenha atualmente.

Diante desse cenário, quando contemporaneamente presenciavam-se atos antidemocráticos – sejam eles praticados por particulares ou por integrantes da Administração Pública, especialmente pelo Poder Executivo Federal –, as Cortes Constitucionais são chamadas a intervir como forma de resguardar os direitos fundamentais, na tentativa de evitar maiores fissuras no tecido democrático nacional.

Realidade atual na sociedade brasileira – mas não exclusiva –, esses atos se contrapõem ao próprio Estado Democrático de Direito, às suas instituições e a diversos princípios assegurados no texto constitucional de 1988. Contraditórios, invocam o próprio princípio democrático, bem como a liberdade de expressão e manifestação como forma de respaldar suas ações.

Nos últimos tempos, o tema passou a despertar especial interesse, muito em função da grande tensão provocada pelos atos antidemocráticos na eleição presidencial dos Estados Unidos de 2020/2021, país sempre considerado exemplo de Democracia consolidada.

Por conseguinte, o Brasil, que após o longo período da ditadura militar, enfim, caminha na estabilização do Estado Democrático de Direito, deve dar atenção especial aos movimentos antidemocráticos, sendo a atuação do Poder Judiciário, neste momento, imprescindível. O cenário reforça o protagonismo e a superexposição que esse Poder ganhou ao longo dos anos.

Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário nesses casos deve ser analisada com cautela, de modo a prevenir que a Constituição e os Tribunais sejam utilizados como fundamento para esses atos, evitando posturas autofágicas. Por isso, o objeto do presente trabalho busca a complexa ponderação: reafirmar a legitimidade democrática da Corte e garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Dito de outro modo, focaliza-se no papel das Cortes Constitucionais diante dos movimentos antidemocráticos, em vista de verificar como deve ser realizado o correto dimensionamento para que os direitos fundamentais sejam assegurados, sem que, contudo, ocorra a perda da legitimidade democrática conferida ao Poder Judiciário.

Nessa conjuntura, dedica-se o primeiro capítulo ao correto enquadramento do papel do Judiciário no Século XXI. Nesse ponto, pretende-se compreender os fundamentos de legitimação democrática desse Poder dentro do neoconstitucionalismo, ressaltando como a proteção dos direitos fundamentais é uma dessas fontes. Ademais, analisa-se o crescimento do papel das Cortes Constitucionais, considerando a judicialização e o ativismo.

No segundo capítulo, investigam-se as garantias fundamentais asseguradas na CRFB/88, que sofrem ameaças e, antagonicamente, são utilizadas como fundamento de legitimação para atos antidemocráticos, com destaque para a liberdade de expressão. Em sequência, explora-se o histórico do crescimento desse movimento, com ênfase para os casos emblemáticos atentatórios ao Estado Democrático, sejam eles praticados por particulares ou por integrantes da Administração Pública, no Brasil.

Chega-se, então, ao terceiro capítulo. Nessa parte da investigação, busca-se verificar o comportamento das Cortes Constitucionais em face dos atos antidemocráticos abordados anteriormente. E, com todo o exposto, enfrenta-se o tema à luz da teoria da argumentação jurídica, promovendo a delimitação e a ponderação entre a legitimidade democrática e a defesa dos direitos fundamentais.

No que se refere ao procedimento metodológico, a presente pesquisa acadêmica pauta-se em uma abordagem qualitativa, de maneira que a construção textual tem como regra a interpretação e a solução da controvérsia apresentada. Esse é o recorte epistemológico adotado, de modo a assegurar sistematicidade e cientificidade a esta pesquisa, que será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo.

Assim, a abordagem centra-se na análise jurídica de doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema acima exposto (pesquisa exploratória), e apura as causas e soluções para as proposições formuladas (pesquisa explicativa). Para sustentar a tese apresentada, pretende-se utilizar (i) pesquisa bibliográfica, (ii) comparada e (iii) histórica, de maneira a apresentar o tema de modo claro e fundamentado.

1. O JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI

O princípio da divisão dos poderes, em sua concepção clássica, encontra-se consagrado no art. 2º do texto constitucional de 1988, dispondo que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário¹”. Tal norma é resultado da modernidade, em um cenário em que era de extrema importância assegurar a liberdade dos indivíduos frente ao poder absoluto do monarca.

Como consta da obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu², “[...] Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre particulares.”

É o princípio, que, como destaca José Afonso da Silva³, já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rosseau, que também o conceberam à doutrina da separação dos poderes, que veio a ser divulgada e consagrada por Montesquieu.⁴

¹BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168.

³SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 111.

⁴Ou melhor, “Consulte-se o original: ‘Há em cada Estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil.’ E continua logo a seguir: ‘Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis, para um certo tempo, ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios entre particulares. Chamar-se-á este último de poder de julgar e o outro simplesmente de poder executivo do Estado.’

Bem claro aparece que o próprio Poder Executivo é poder executivo do direito. Na lição exposta, poder executivo do direito das gentes. Sua atividade, que se desenrola precipuamente no plano das relações entre Estados, é ainda assim de aplicação do direito.

Ademais, o Judiciário que resulta previsto nessa formulação, é também visto como um poder executivo. Isto no sentido de um poder que concretiza as normas de direito interno.

Convém salientar que a previsão de um Judiciário é traço típico, e contribuição fundamental, da doutrina de Montesquieu. Foi o mestre francês o primeiro a separar do Legislativo e do Executivo um poder de julgar, que assim ganha independência em relação aos demais. De fato, na obra de Locke, o *Segundo tratado do poder civil*, já existe a ideia de separar o exercício do poder estatal, segundo as funções pelo Estado cumpridas. Todavia, estas funções são a legislativa, a executiva e a federativa, devendo estas duas últimas ficar nas mesmas mãos. (...)

A “separação de poderes” que se concretiza com as Constituições liberais, adota a tripartição de Montesquieu: Legislativo, Executivo e Judiciário. Enfatiza, é certo, na linha de Locke, o papel do Executivo como “gládio a serviço da lei”, segundo difundida fórmula.

Põe, destarte, o Judiciário como um Poder, o que significa vê-lo independente dos demais, igual em dignidade aos demais. E significa a independência dos juízes.

Esta, a independência dos juízes, foi uma conquista fundamental na luta contra o absolutismo. Montesquieu, que pertenceu à *noblesse de toge*, ao corpo de magistrados, tendo sido membro do Tribunal (*Parlement*) de Bordéus, teve o mérito de registrá-lo”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Direito, o Judiciário e a Nova Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 160, abr./jun. 1985.

No entanto, contemporaneamente, o princípio não configura mais a rigidez de outrora, tendo em vista a ampliação das atividades do Estado, impondo novas formas de relacionamento entre os órgãos do Legislativo e do Executivo e destes com o Judiciário⁵. Depois das Revoluções francesa e americana, a clássica separação dos poderes tornou-se inviável, sendo necessária uma coordenação entre eles, visando a harmonizá-los e contê-los, como elucida Celso Bastos⁶.

Destarte, para Alexandre de Moraes⁷, embora o Estado Democrático de Direito⁸ tenha como pressuposto poderes independentes e harmônicos, certo é que se desenvolveram mecanismos de controle recíproco (*checks and balances*) na busca de assegurar o respeito às normas constitucionais e a efetividade dos direitos fundamentais a ela proclamados.

De tal modo, as transformações na sociedade ao longo dos anos não retiraram da norma constitucional da divisão dos poderes sua importância. No entanto, propiciaram sua releitura com uma maior correlação dos poderes, já que a complexidade das relações passou a exigir tal postura. Inclusive, há muito tempo é possível constatar que um poder atuou de forma mais enfática que o outro, como reflexo do que as condições econômicas, históricas e sociais exigiam em determinado momento histórico.

A título de exemplo, como destaca Ricardo Lewandowski⁹, no Século XIX o Poder Legislativo recebeu grande atenção, em um momento de Estado mínimo/não intervencionista, de uma sociedade predominantemente rural, em que a burguesia triunfante do século antecedente concentrava poder em suas mãos. O Século XX já apresentou como protagonista o Poder Executivo, em um momento histórico que exigia respostas rápidas e grandes estímulos diante da realidade da Revolução Russa (1917), da Primeira Guerra Mundial (1914- 1918) e da Segunda Guerra Mundial (que terminou em 1945).

⁵ SILVA, op. cit., p. 111.

⁶BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2010, p. 562.

⁷MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da Justiça Constitucional*. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67591/70201/89016>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁸ “O Estado constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão do Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 93.

⁹LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

Esses poderes perderam força no século XXI, o que propiciou o crescimento da atuação do Poder Judiciário, figurando este como protagonista. A marca desse período histórico é ser caracterizado como a “era dos direitos”, que, segundo Norberto Bobbio¹⁰, representa um “progresso moral da humanidade”, reportando-se à filosofia de Kant, em que se verifica o crescente interesse tanto no plano interno dos Estados, quanto no âmbito internacional, no que toca à proteção dos direitos fundamentais¹¹.

Nada obstante, como ressalta esse autor¹²:

descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.

Nesse “novo quadro, de poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alcançando uma posição muito mais importante no desenho institucional contemporâneo”¹³. Amplia-se cada vez mais a compreensão de que cabe ao Guardião não só zelar pela aplicação da lei, mas também verificar se ela foi elaborada com obediência aos mandamentos constitucionais, sob pena de mal servir à sociedade¹⁴.

¹⁰ “Num de seus últimos escritos, Kant pôs a seguinte questão: ‘Se o gênero humano está em constante progresso para o melhor.’ A essa pergunta, que ele considerava como pertencendo a uma concepção profética da história, julgou ser possível dar uma resposta afirmativa, ainda que com alguma hesitação. Buscando identificar um evento que pudesse ser considerado como um ‘sinal’ da disposição do homem a progredir, ele o indicou no entusiasmo que despertara na opinião pública mundial a Revolução Francesa, cuja causa só podia ser ‘uma disposição moral da humanidade’. ‘O verdadeiro entusiasmo — comentava ele — refere-se sempre ao que é ideal, ao que é puramente moral (...), e não pode residir no interesse individual.’ A causa desse entusiasmo — e, portanto, o sinal premonitório (*signum prognosticum*) da disposição moral da humanidade — era, segundo Kant, o aparecimento, no cenário da história, do “direito que tem um povo de não ser impedido, por outras forças, de dar a si mesmo uma Constituição civil que julga boa”. Por ‘Constituição civil’ Kant entende uma Constituição em harmonia com os direitos naturais dos homens, ou seja, uma Constituição segundo a qual ‘os que obedecem à lei devem também, reunidos, legislar (...) Inspirando-me nessa extraordinária passagem de Kant, exponho a minha tese: do ponto de vista da filosofia da história, o atual debate sobre os direitos do homem — cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolve todos os povos da Terra, tão intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembleias internacionais — pode ser interpretado como um “sinal premonitório” (*signum prognosticum*) do progresso moral da humanidade”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 27.

¹¹ LEWANDOWSKI, op. cit.

¹² BOBBIO, op. cit., p. 32.

¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 165

¹⁴ REALE, Miguel. *O Judiciário a serviço da sociedade*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46618/46352>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

É realidade que, desde o final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se na maioria dos países ocidentais, como ensina Luís Roberto Barroso¹⁵, o progresso do Poder Judiciário “sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos”. Os precedentes¹⁶ podem ser encontrados no Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria, Coreia, dentre outros¹⁷.

Como destaca Cappelletti¹⁸, “efetivamente, resulta difícil imaginar que atualmente poder-se-ia assegurar um sistema qualquer de equilíbrio eficaz entre os poderes sem o crescimento e a diversificação do próprio judiciário”. Por conseguinte, essa realidade também foi verificada no Brasil, com as particularidades que são próprias do caso brasileiro, com destaque para o processo de redemocratização.

1.1. Poder Judiciário e a Construção do Papel Contramajoritário e Representativo

O caráter não absoluto da separação dos poderes e o desenvolvimento específico de um Poder sobre os outros em determinado período histórico desfazem quaisquer aparências de

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 1/2, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁶ “No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment”. *Ibid.*

¹⁷ No mesmo sentido: “Exemplos do protagonismo judicial são detectados ao redor do mundo, como as decisões da Suprema Corte do Canadá, no caso *Operation Dismantle v. The Queen*, acerca do teste de mísseis de cruzeiro americanos no território do país, do Tribunal Constitucional da Coreia do Sul, no caso *Roh Moo-hyun*, sobre o julgamento do processo de impeachment do Presidente da República, do Conselho Constitucional da França, na *Décision n° 2010-44 QPC*, acerca do imposto de solidariedade das riquezas, da Suprema Corte de Israel, no caso *Ornan Yekutieli v. e Minister of Religious Affairs*, a respeito do bloqueio da Faixa de Gaza ao Hamas,¹⁹ do Conselho Constitucional da Hungria, na *Döntés száma 8/2010*, sobre o imposto de redistribuição das fortunas,²⁰ do Tribunal Constitucional da Turquia, no caso *Pasinler Criminal Court of Peace*, acerca da preservação da laicidade do Estado contra o fundamentalismo islâmico, e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, sobre os limites à participação financeira de empresas, ou mesmo organizações sem fins lucrativos, em campanhas eleitorais de que trata o *Bipartisan Campaign Reform Act.*”. MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. Direito em Movimento*, v. 17, n. 2, p. 15-33, nov. 2019. ISSN 2238-7110. Disponível em: <<http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/155>>. Acesso em: 2 abr. 2022

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Neceidade y legitimidade de la justicia constitucional*. In: Vários Autores. *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*. Madri. Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 612.

equilíbrio e estabilidade entre os Poderes que o leitor descuidado possa ter¹⁹. À vista disso, como ressaltado acima, no século XXI, o grande protagonista é o Poder Judiciário, o qual “precisa dar resposta célere às demandas que a sociedade lhe coloca, no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, e até porque a justiça que tarda é a justiça que falha”²⁰.

Essa transmutação de um poder para o outro, contudo, não ocorre instantaneamente. O Poder Judiciário, por exemplo, já no início do século XIX, dava indício do protagonismo que teria no futuro. Nesse período, nos Estados Unidos da América, ocorreu o julgamento do caso *Marbury vs. Madison* (1803), em que a Suprema Corte americana se reuniu em ambiente político hostil e assumiu o papel de “fiel balança dos poderes”, imbuindo-se do papel de “convalidador da vontade geral expressa pela lei”²¹.

Segundo Luís Roberto Barroso²², esse caso representou a primeira decisão em que a Suprema Corte “afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais”. Conduzida pelo Juiz-Presidente John Marshal, foi demonstrada a atribuição da Corte por meio da lógica do sistema, e a argumentação desenvolvida pautou-se na “supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário”.

O ponto com maior reverberação da decisão foi a afirmação de que o Poder Judiciário seria “o intérprete final da Constituição” – esta, superior a qualquer ato emanado do Legislativo –, sendo sua competência dizer o sentido das leis e, na hipótese de normas conflitantes, determinar qual regerá a situação.²³ Considerada primorosa, foi com essa decisão que o tema ganhou repercussão mundial.

No entanto, não se pode olvidar que a temática desenvolvida não foi original²⁴, e a conjuntura particular turbulenta na qual foi proferida abriu margem para críticas ao voto de John Marshall. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso²⁵:

¹⁹ BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a "judicialização da política". *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 103, 325-336. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67808>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁰ LEWANDOWSKI, op. cit.

²¹ BEÇAK, op. cit.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Marbury Contra Madison*. In: NEVES, José Roberto de Castro. *Os Grandes Julgamentos da História*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 383.

²³ *Ibid.*, p. 384.

²⁴ “De fato, havia precedentes identificáveis em diversos períodos da antiguidade. Mesmo nos Estados Unidos o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no Direito inglês ou em Cortes Federais inferiores e estaduais. Além disso, no plano teórico, Alexander Hamilton, no Federalismo nº 78, havia exposto analiticamente a tese em 1788”. *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

é indiscutível que o voto de Marshall reflete, intensamente, as circunstâncias políticas de seu prolator. Ao estabelecer a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição, era o seu próprio poder que estava demarcado, poder que, aliás, viria a exercer pelos 34 longos anos que permaneceu na presidência da Corte.

De todo modo, para Alexandre de Moraes²⁶, foi nesse cenário, o qual envolvia conflitos não apenas jurídicos como políticos²⁷, que se afirmou ser próprio da atividade jurisdicional interpretar/aplicar a lei e, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, aplicar esta por ser superior. Entendimento esse que, ultrapassados “200 anos na doutrina constitucional norte-americana e mais de 110 anos na doutrina e jurisprudência nacionais, foi consagrado no Brasil desde os nossos primeiros passos republicanos com a Constituição de 1891”²⁸.

Com esse desenho político-institucional, o Poder Judiciário vem atuando, desde então, cada vez mais enfaticamente de duas formas – no Brasil e nos Tribunais Constitucionais ao redor do mundo –, por meio de um papel contramajoritário e representativo, como elucida Luís Roberto Barroso²⁹.

Com a consolidação do caso *Marbury vs Madsion*, os juízes – que não receberam voto popular – detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Poder executivo), desempenhando o que este autor – remontando à obra de Alexander Bickel, *the least dangerous branch*, cuja primeira edição remota 1962 – cunhou chamar de “dificuldade contramajoritária”³⁰.

Efetivamente, “a maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania da maioria”, de maneira que a todos sejam assegurados os valores fundamentais do

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas S.A., p. 578.

²⁷ “a Suprema Corte era composta majoritariamente de federalistas, enquanto o Congresso e o Executivo estavam sob o controle dos republicanos, que jamais aceitariam uma intervenção direta do Judiciário nos negócios políticos do Executivo. Marbury havia sido nomeado em 1801, nos termos da lei, para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia, pelo então Presidente da República John Adams, do Partido Federalista, que se encontrava nos últimos dias de seu mandato. Ocorre, porém, que não houve tempo hábil para que fosse dada a posse ao já nomeado Marbury, antes que assumisse a Presidência da República o republicano Thomas Jefferson. Este, ao assumir, determinou que seu Secretário de Estado, Madison, negasse posse a Marbury, que por sua vez, em virtude dessa ilegalidade, requereu à Suprema Corte um mandamus, para que o Secretário de Estado Madison fosse obrigado a dar-lhe posse. Marshall, de forma hábil, tratou o caso pelo ângulo da competência constitucional da Suprema Corte Americana, analisando a incompatibilidade da Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo, e a própria Constituição, que em seu artigo III, seção 2, disciplinava a competência originária da Corte.” Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ BICKEL apud 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, p. 23-50.

³⁰ Ibid.

texto constitucional, independentemente de figurarem como minorias; afinal, o “conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria”, como será observado mais detidamente no capítulo seguinte³¹.

É possível asseverar, como ensina Luís Flávio Gomes³², que:

O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político.

Assim, embora esse Poder – diferentemente do Poder Legislativo e Executivo – não seja eleito pelo povo, possui outra forma de legitimação, qual seja, a legal/formal, também pautada no Poder Constituinte, o qual, reitera-se, é soberano. Não há que se falar em incongruência com o regime democrático quando este regime também está alicerçado na proteção dos direitos fundamentais – “que correspondem ao mínimo ético e a reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária” e na proteção do regime democrático a todos³³.

Deve ser reiterado, nesse ponto, como faz Barroso³⁴, que em uma Democracia:

além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça (...), assim os segmentos minoritários em geral não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política.

O Poder Judiciário tem características que lhe são próprias e buscam garantir, dentro de Democracias representativas – em que o voto tem papel fundamental e necessário –, o contraponto necessário para a efetiva concretização democrática³⁵. Por isso é que os magistrados, na primeira instância, são recrutados por concurso público para garantir, em tese³⁶, uma atuação com independência, especialmente quando se conjuga com a garantia que possuem

³¹ Ibid.

³² GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 120.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Os três Papéis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais contemporâneas*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ressalve-se: resta claro que esta proposição parte do plano teórico, contudo debates da Teoria Geral do Direito, especialmente na Hermenêutica Jurídica, sobre o real alcance das mesmas serão delineados nos capítulos seguintes.

da vitaliciedade, que lhes garantem não ficarem sujeitos aos prazos da política eleitoral, bem como às tentações populistas³⁷.

Inerte, esse Poder somente atua após provocação das partes e dentro dos limites do que foi pedido. É obrigado, inclusive por mandamento constitucional – art. 93, IX, CRFB/88 –, sob pena de nulidade, a fundamentar todas as decisões, tanto para as partes que integram a demanda, quanto como forma de se legitimar perante a sociedade. E, assim sendo, argumentos sólidos e corretos são a devida maneira que o Poder Judiciário possui para harmonizar-se com a justiça constitucional³⁸.

Por fim, estudos modernos, levantados por Barroso, vêm reafirmando o papel representativo da vontade popular do Poder Judiciário – até mais enfaticamente que os Poderes Executivo e Legislativo. Reporta-se ao autointeresse da Casa Legislativa, bem como à suscetibilidade a certos agentes influentes do ponto de vista político ou econômico³⁹.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos⁴⁰ remonta que, ao longo do último século, a crise dos parlamentares não foi superada – sendo, até mesmo, agravada por fatores, como a maior divulgação dos escândalos envolvendo parlamentares e parlamentos, das manobras do jogo político e pela liberdade de imprensa –, o que recolocou o Poder Judiciário nessa posição de poder político.

Todos esses fatores legitimam o Poder Judiciário frente ao Estado institucionalizado na perspectiva republicana e democrática⁴¹. Vê-se que a concepção de poder Contramajoritário não é negativa em uma Democracia; muito pelo contrário: o papel do Judiciário, tal como delineado no século XXI, nessa construção teórica, configura uma forma de reafirmação dos valores constitucionalmente protegidos e de representação de todos os cidadãos.

1.2. Neoconstitucionalismo(s) e o Poder Judiciário

As mudanças ocorridas nas últimas décadas – com destaque para a reconstitucionalização da Europa continental imediatamente após a Segunda Guerra Mundial⁴²

³⁷ BARROSO, op. cit., 2015.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴² e “que se reproduziram mais tarde, com nuances próprias, em países do Terceiro Mundo como Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e o Próprio Brasil”. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Disponível em:

– refletiram no papel constitucional sobre as instituições contemporâneas. A fim de evitar abusos e a volta de regime totalitários, a legislação constitucional precisou se desenvolver por meio de mecanismos e em uma rede de proteção dos direitos fundamentais.

Barroso cita como principal referência a Lei Fundamental de Bonn, Constituição alemã promulgada em 1949, com destaque para a criação do Tribunal Constitucional instalado em 1951. A partir desse marco, verificou-se uma ascensão científica do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica⁴³.

No caso brasileiro, o fortalecimento constitucional ocorre com a reconstitucionalização do país; de modo claro, com a promulgação da Constituição de 1988 e, com isso, “o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”⁴⁴.

Nas palavras de Daniel Sarmento, na seara constitucional, encontrou-se o solo fértil para florescimento de Constituições pródigas na consagração de princípios abstratos dotados de forte conteúdo moral, em que o ordenamento positivava princípios, situando-os no seu plano hierárquico mais elevado. Esse movimento, denominado pós-positivismo⁴⁵, relacionou-se diretamente com o que vem sendo designado como neoconstitucionalismo, que pode ser sintetizado, como:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e
- e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário⁴⁶.

https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”. BARROSO, op. cit., 2005.

⁴⁶ SOUZA NETO, op. cit., p. 164.

As Constituições, assim, passam a ter a presença de normas constitucionais impregnadas de elevado teor axiológico, abordando temas que anteriormente jamais seriam abordados no texto constitucional, englobando desde os tradicionais direitos individuais e políticos, como também direitos sociais, o que leva à nova leituras de normas e institutos dos mais variados ramos do Direito pelo Poder Judiciário⁴⁷.

Não ocorreu apenas o tratamento constitucional de temas antes disciplinados pela legislação ordinária, mas uma verdadeira “filtragem constitucional”, de maneira a interpretar “todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos”⁴⁸; isso por meio do reconhecimento da força normativa de princípios, os quais são revestidos de elevada carga axiológica.

O neoconstitucionalismo, com isso, está centrado no Poder Judiciário, depositando neste “enormes expectativas no sentido da concretização de ideias emancipatórias presentes nas Constituições Contemporâneas”⁴⁹. A partir desse modelo, o intérprete/juiz “torna-se co-participante do processo de criação do direito, contemplando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”⁵⁰.

Fato é que, com o avanço do direito constitucional, e, por conseguinte, com a consolidação do princípio da força normativa da Constituição, as bases interpretativas clássicas – definidas por meio dos elementos tradicionais, como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teológico – deixam de ser suficientes, sendo ampliado o papel do juiz para além da mera subsunção da norma⁵¹.

Esse processo é referido por Barroso⁵² como “nova interpretação constitucional”, pautando-se em pressupostos lógicos, metodológicos e finalísticos para aplicação da norma constitucional. São exemplos clássicos e citados pelo autor o princípio da supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas, a interpretação conforme à Constituição, a unidade, a razoabilidade e a efetividade.

São cláusulas gerais/conceitos jurídicos indeterminados, com plasticidade para adequar o caso concreto ao texto cada vez mais dialético das Constituições. Nessa ótica, colisões entre

⁴⁷ Ibid., p. 165.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., p. 167.

⁵⁰ BARROSO, op. cit., 2005.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

as normas de igual hierarquia tornam-se consequência natural, que devem levar a ponderações pelo aplicador do direito no caso concreto.

Com isso, nas palavras de Ana Paula de Barcellos⁵³, frequentemente entram em conflito direitos fundamentais – “elementos centrais dos sistemas constitucionais contemporâneos”, núcleo normativo, que deve ser especialmente protegido e prestigiado, os quais “formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis” para o procedimento de deliberação democrática –; sendo o neoconstitucionalismo, tanto na ótica da teoria jurídica, quanto da experiência observada nos juízes e tribunais, fundamental para harmonizar as diferentes pretensões da sociedade pluralista contemporânea.

Críticas, no entanto, são feitas a essa conceituação. Destaca Lênio Luiz Streck que a adoção desse *nomen jûris* é motivo de ambiguidades teóricas e mal-entendidos. Na visão do autor, ultrapassadas duas décadas da Constituição de 1988, verifica-se que a utilização do termo teria provocado uma “condição patológica”, atuando como contribuinte para a corrupção do texto constitucional.

Isso porque, para ele, por conta das especificidades do direito brasileiro:

esse belo epíteto — cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis e italianos —, embora tenha representado um importante passo para afirmação da força normativa da Constituição na Europa Continental, no Brasil acabou por incentivar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação com instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano.

Com essa percepção é que este autor considera que o neoconstitucionalismo, a pretexto da ponderação de princípios, tem legitimado exercício de arbítrio e vontade de poder, concluindo, então, que “não faz mais sentido continuar a usar a expressão neoconstitucionalismo” para mencionar um direito democraticamente produzido sob uma Constituição normativa e de integridade da jurisdição. Entende-se que o constitucionalismo pós-segunda guerra deve ser denominado como “constitucionalismo contemporâneo” a fim de evitar incongruências.

Bruno Aguiar Santos aponta que é importante diferenciar o que denomina de “neoconstitucionalismo em sentido amplo – ou histórico –” e o “neoconstitucionalismo ideológico”, devendo utilizar-se do termo de Streck quando as discussões ocorrerem sobre a primeira expressão.

⁵³ SARMENTO, op. cit., 2009.

Daniel Sarmento⁵⁴ ressalta, em síntese, três principais críticas que resumem as principais divergências apontadas ao neoconstitucionalismo. São elas:

(a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

O debate sobre o “pendor judicialista” refere-se, essencialmente, ao protagonismo do Poder Judiciário no século XXI, o que, como já explicitado anteriormente, já ocorreu com outros poderes em decorrência das características próprias de cada período histórico. Ocorre que, para Humberto Ávila⁵⁵, em uma sociedade complexa e plural, “é o poder legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções do mundo e seus valores”.

Essa crítica remete-se ao plano ideal, sendo que, contemporaneamente, os Poderes Legislativo e Executivo não conseguem cumprir o papel que lhes é atribuído, e, com isso, remete-se o “pêndulo” ao Poder Judiciário⁵⁶. Naturalmente, se este não suportar a carga que lhe é atribuída, esse “pêndulo” deve mudar. Reprovações de sua atuação já vêm sendo feitas, como será verificado no tópico seguinte.

Outrossim, deve-se problematizar o que se pretender ao adjetivar este Poder como antidemocrático. Isso porque ele, por sua natureza, é contramajoritário, o que em uma Democracia não deve denotar algo negativo ou antidemocrático; muito pelo contrário: a delimitação constitucional muito busca servir de instrumento para proteção de todos aqueles que busquem o seu amparo nos termos dos valores pluralistas de seu texto.

No que se refere à preocupação apontada pelos autores sobre a preferência por ponderação e princípios, vale consignar que, do ponto de vista metodológico, seria na verdade

⁵⁴ SARMENTO, op. cit.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência Do Direito” e do “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁵⁶ “No Brasil dos últimos anos, apesar de muitos vendavais, o Poder Executivo, titularizado pelo Presidente da República, desfruta de inegável popularidade. Salvo por questões ligadas ao uso excessivo de medidas provisórias e algumas poucas outras, é limitada a superposição entre Executivo e Judiciário. Não assim, porém, no que toca ao Congresso Nacional. Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a proliferação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica”. BARROSO, op. cit., jan./dez. 2009, p. 9.

uma alternativa à subsunção, como bem elucida Ana Paula de Barcellos⁵⁷, “quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior”. Nesse contexto, a subsunção não estaria abandonada; muito pelo contrário, continuaria a ser uma das principais técnicas empregadas na resolução de antinomias.

Além disso, como bem destaca Néviton Guedes⁵⁸, “de outro lado, mesmo a técnica da subsunção não pode afirmar-se – já que também referida a discurso normativo – como completamente alheia a espaços de discricionariedade e avaliação subjetiva”. Humberto ávila⁵⁹ também consigna que, quanto a regras e princípios, “não se pode falar de primazia de uma norma sobre a outra, mas tão somente de funções e eficácias diferentes e complementares”⁶⁰.

Todavia, aponta-se a sua problemática no plano prático, quando “a valoração da ponderação de dois princípios não tem sido acompanhada do necessário cuidado com as justificações das decisões judiciais”⁶¹.

Finalmente, o “panconstitucionalismo” refere-se à concepção defendida de constituição como “aquela que parte de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional”, nas palavras de Daniel Sarmiento⁶². Nesse ponto, a crítica reside na restrição em demasia ao campo de atuação do legislador, o que afrontaria diametralmente o princípio democrático – ao conferir ao legislador o mero papel de executor das medidas impostas pela Constituinte.

Rebate-se a crítica na constatação de que essa limitação feita ao Poder Legislativo encontra amparo no poder constituinte originário, elaborado pelo povo e para o povo. Assim, tal restrição não seria nada além do que prestigiar os valores escolhidos pelo povo na Constituinte.

Efetivamente, tal como aponta Gisele Mascarelli Salgado⁶³, o neoconstitucionalismo não pode ser encarado como um conceito unívoco – e, remonta a Comanducci, que propõe a

⁵⁷ BARCELLOS, op. cit., p. 34.

⁵⁸ GUEDES, Néviton. *Da irracionalidade à hiper-racionalidade nas decisões*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-14/constituicao-poder-irracionalidade-hiper-racionalidade-decisoes>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁵⁹ ÁVILA, op. cit.

⁶⁰ Atente-se, que assevera Humberto ávila, com base em tais considerações que com isso se afastaria o direito brasileiro da denominação de Neoconstitucionalismo.

⁶¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *É preciso rever o neoconstitucionalismo pois defendê-lo seria uma contradição*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-13/ruy-espindola-preciso-rever-neoconstitucionalismo-pois-defende-lo-seria-contradicao>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁶² SARMENTO, op. cit.

⁶³ COMANDUCCI apud SALGADO, Gisele Mascarelli. *Uma visão do neoconstitucionalismo a partir de Dworkin*. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/323>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

distinção, nos moldes da divisão de Bobbio –, de modo a englobar uma teoria, uma ideologia e um método de análise do direito, facetas entrelaçadas.

Como teoria, apresenta-se como contraposição ao positivismo jurídico e centra sua análise na Constituição, modelo descritivo e axiológico. Como ideologia, reintroduz a questão da Moral para o âmbito do direito, servindo de limite para a aplicação do direito. Por fim, como metodologia, analisa o direito como fenômeno, com regras de direito e da moral, propondo que estas sejam utilizadas como última *ratio*⁶⁴.

De todo modo, inegável é que a Constituição de 1988 adota, inegavelmente, uma concepção substantiva, o que, dentro de uma visão equilibrada, contribui para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito no Brasil e deve ser prestigiada. Nada obstante, as críticas acima feitas merecem reconhecimento, sendo fundados os argumentos e graves as consequências de suas proposições – sob a séria pena da corrupção do texto constitucional, algo inaceitável, como elucida Streck⁶⁵.

1.3. Da Judicialização Ao Ativismo

Como observado, a nova ordem instaurada com o neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo contemporâneo – teve como consequência o protagonismo judicial, alcançando o que foi apontado por Guilherme Penã⁶⁶ como o “epicentro jurídico-constitucional do Estado contemporâneo”.

Verdadeiramente, “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, o Congresso Nacional e o Executivo”, o que vem se convencendo a chamar de judicialização, como aponta Barroso.

Essa transformação no perfil da jurisdição, no entanto, acabou “sendo levada a extremos, a ponto de conceber espaço para a atuação jurisdicional além dos limites definidos pela constituição e pela legislação democraticamente produzida”⁶⁷

⁶⁴ SALGADO, Gisele Mascarelli. *Uma visão do neoconstitucionalismo a partir de Dworkin*. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/323>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁶⁶ MORAES, op. cit., 2019.

⁶⁷ TASSINARI, Clarissa. *A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial*. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

Essa sistemática jurídica constituiu um “comportamento judicial pautado por um ato de vontade”, dando-se um passo além da centralidade assumida pelo Judiciário, problematizando-se dentro da teoria do direito – particularmente, teoria da interpretação – o que vem a ser denominado “ativismo judicial”, nas palavras de Clarissa Tassinari⁶⁸. Isso significa dizer que o ativismo representa um problema exclusivamente jurídico, já que criado pelo direito, embora tenha reflexos em toda a sociedade.

Para Elival da Silva Ramos⁶⁹, a atuação do Judiciário “para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”, com a descaracterização das suas funções típicas e com a atuação “insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”, deve ser conceituada como “ativismo judicial”.

Outrossim, reportando-se a produções nacionais, Julio Grostein⁷⁰ identifica como concepções do ativismo:

(a) desdobramento dos limites impostos Judiciário pelo próprio ordenamento jurídico, sobretudo quando a função jurisdicional ultrapassa suas balizas para invadir a função legislativa; (b) julgamento com base em posições valorativas ou ideológicas do julgador ;(c) ativismo como criação do direito.

Penã⁷¹, nesse cenário, conclui que, mesmo com a multiplicidade de significados, é possível definir o ativismo judicial “como método de criação judicial do Direito *extra legem*, porém *intra ius*”. É necessário, contudo, diferenciá-lo “com a politização do Judiciário (ativismo extrajudicial) do estado de coisa inconstitucional (ativismo dialógico) e da autonomia processual da justiça constitucional (ativismo procedimental)”.

Note-se: o ativismo extrajudicial não tem correlação com o desempenho da jurisdição, reportando-se à articulação com representantes de outros Poderes de Estado. O ativismo dialógico remete ao fracasso generalizado de políticas públicas, buscando o emprego de procedimentos organizacionais de forma gradual; o ativismo procedimental informa-se pelo princípio da adaptabilidade, que permite aos Tribunais Constitucionais “suprir incompletudes

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ SANTOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325.

⁷⁰ GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019 [e-book].

⁷¹ MORAES, op. cit., 2019.

ou inconsistências, ou então a inconveniência ou inoportunidade da aplicação do Direito Processual Constitucional”⁷².

Feitas essas considerações e diferenciações, deve-se evidenciar a separação entre ativismo judicial e judicialização, que, embora vinculadas com o exercício da atividade jurisdicional, não se confundem.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck⁷³:

Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamento e visões. É como se fosse uma linguagem privada construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa.

Nesse sentido é que o ativismo não teria espaço no ordenamento brasileiro, enquanto a judicialização oferecida pelo Judiciário, em muitos casos, pode ser adequada à Constituição, como por exemplo, para Streck, quando “concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista”.⁷⁴

Ou seja, uma questão que sofreu judicialização pode ter como consequência uma resposta ativista, o que, contudo, não será adequado e até censurável, na medida em que irá representar “um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substituiu o debate político (seja para realizar um pretensão ‘avanço’, seja para manter o *status quo*)”⁷⁵.

O termo “ativismo judicial”, no entanto, não foi cunhado na doutrina nacional, aponta André Karam Trindade⁷⁶, e o seu nascimento nos Estados Unidos ocorreu para referir-se a um fenômeno que transcendeu as fronteiras da *common law*⁷⁷.

⁷² Ibid.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Rubicação e os quatro ovos de condor: de novo o que é o ativismo?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Disponível Acesso em: 2 abr. 2022.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ TRINDADE, André Karam. As soluções judiciais para a crise do sistema prisional no estado do Rio Grande do Sul: um exemplo privilegiado do ativismo à brasileira. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 18, p. 197-234, 2015. Disponível em: <<https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/119/105>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁷⁷ “Assim, no *common law*, a jurisprudência é tipicamente uma das fontes do direito no sentido formal, ao lado do direito legislativo, constitucional e as regras do Executivo. Ainda que a decisão judicial demande a aplicação da lei, o juiz não inicia a decisão do caso a partir e tão somente do texto legal, ele busca aplicar o precedente ao caso, ou seja, passa a investigar nas decisões acumuladas sobre a questão quais as principais regras jurídicas a serem extraídas do contexto histórico-normativo”.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 35.

Origina-se, didaticamente, quando, “em janeiro de 1957, Arthur Schlesinger Jr., um historiador americano, publicou um artigo na Revista Fortune, intitulado *The Supreme Court: 1947*, no qual cunhou a expressão *judicial activism*”⁷⁸. Esse artigo, publicado em uma revista de variedades, veiculou o primeiro uso da expressão – ao apresentar “um perfil dos nove juízes da Suprema Corte, apontando suas alianças e divisões entre eles”, com os dois polos verificados na Corte à época⁷⁹ –, o que permitiu potencializar o debate sobre o papel do Judiciário nos Estados Unidos. Embora não tenha conceituado com precisão a expressão “ativismo judicial”, critica timidamente a posição dos juízes ativistas, “por configurarem um risco à democracia”.

Interessante, outrossim, a advertência de que:

é um engano supor que não havia ativismo antes de Arthur Schlesinger e o seu breve ensaio publicado na Revista Fortune. Há, de fato, todo um histórico de ativismo pré-Schlesinger, que remonta às origens da formação americana. O próprio Arthur Schlesinger anotou que ‘a tensão entre o autocomedimento e ativismo é um elemento histórico no nosso (norte-americano) sistema-judicial’⁸⁰.

Inclusive, alguns são os precedentes da Suprema Corte anteriores a 1947 que veiculam a controvérsia, citados como exemplos clássicos do ativismo Judicial nos Estados Unidos.

Barroso⁸¹, sobre o tema, reporta-se aos seguintes precedentes:

1. *Dred scott v. Sandford*, de 1857, concluindo que “negros não eram cidadãos, na acepção constitucional do termo” (natureza conservadora);
2. *Lochner v. New York*, de 1905–1937, para “invalidação das leis sociais em geral”, “que culminou no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal” – *West Coast v. Parrish*, de 1937 (natureza conservadora);

⁷⁸GROSTEIN, op. cit.

⁷⁹ “Arthur Schlesinger descreve, em linhas gerais, as seguintes características de cada um dos grupos:

a) os *ativistas* acreditam que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, defendendo o emprego do poder judicial com vistas às próprias concepções de bem comum; concebem a Suprema Corte como instrumento para se alcançar resultados sociais desejados; estão mais voltados a decidir casos individualmente em conformidade com as próprias pré-convicções sociais; são adeptos da filosofia jurídica reinante na Universidade de Yale, de cunho mais liberal; são mais propensos à defesa das liberdades individuais; inclinação pró-sindicatos.

b) Os *autocomedidos* preocupam-se com as variadas resultantes dos processos legislativos, ainda que isso signifique manter conclusões que s juízes pessoalmente condenem; concebem a Corte como um instrumento que garanta aos outros ramos do governo os meios para se alcançar os resultados desejados pela população; estão mais voltados a manter o Poder Judiciário no seu lugar estabelecido, porém limitado, dentro do sistema americano; filiam-se à posição mais conservadora, oriunda da Universidade de Havard; tendem a preservar o princípio majoritário; inclinação anti-sindical. ”. Ibid.

⁸⁰ GROSTEIN, op. cit.

⁸¹ BARROSO, op. cit., 2009.

Esses precedentes detinham claramente um caráter conservador, sendo que, “a partir da década de 50, a Suprema Corte, sobre a presidência de Warren (1953–1969), e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu matéria progressista em matéria de direitos fundamentais”⁸².

A natureza progressista das decisões pode ser verificada em precedentes como⁸³:

3. *Brown v. Board of Education*, de 1954, abordando divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas;
4. *Griswold v. Connecticut*, de 1965, debatendo o direito de privacidade;
5. *Miranda v. Arizona*, de 1966, sobre o direito dos acusados em processo criminal;
6. *Richardson v. Frontiero*, de 1973, referindo-se ao direito das mulheres;
7. *Roe v. Wade*, de 1973, ocupando-se sobre a interrupção da gestação;

É possível perceber que o tema no país de origem conta com uma rica documentação em todo o decurso histórico e que, desde o nascimento, atribuiu-se, nos EUA, uma regulamentação essencialmente judiciária, sendo as decisões condição veiculadora de normas jurídicas⁸⁴.

De fato, desde a origem, o Poder Judiciário atua ativamente no processo de geração do direito, existindo, nessa família originária do direito anglo-saxônico, “uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e do legislador no que tange a produção de normas jurídicas”⁸⁵.

Pesquisa sobre os estudos norte-americanos elencam, ademais, a expressão “ativismo” sendo empregada como: (a) controle de constitucionalidade; (b) indevida superação de precedentes; (c) uso de métodos não ortodoxos de interpretação; (d) julgamento com base na posição política do juiz (*result-oriented judging*); ou (e) como a criação judicial do direito (*judicial legislation*).⁸⁶

Adota-se, diante disso, uma conceituação ampla, não havendo necessariamente um sentido negativo para a expressão “ativismo judicial”. Ao contrário, é elogiada ao permitir e proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e pautas axiológicas⁸⁷. Nesses fatores é que a concepção brasileira sobre o tema do ativismo distancia-se da americana.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ SANTOS, op. cit., p.113.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ GROSTEIN, op. cit.

⁸⁷ SANTOS, op. cit., p.113.

No Brasil, em contraposição, há uma conotação evidentemente negativa no tocante às práticas ativistas⁸⁸, muito em função do modo sem cautela com que o termo foi importado. Fato é que, embora tenha ultrapassado as fronteiras próprias de sua origem, a conceituação no sistema de origem não tem o mesmo sentido para os sistemas de *Civil Law*.

Nessa raiz histórica reside, inclusive, uma confusão muito comum entre o “ativismo judicial” com o “mero exercício do controle de constitucionalidade”, termos que não se confundem no direito pátrio.

No Brasil, a “concessão ao Judiciário da prerrogativa de avaliar a compatibilidade das leis com a constituição, ao contrário do americano, decorreu de normas positivas constantes dos textos constitucionais que foram se sucedendo”⁸⁹. Assim, no cenário nacional, não há espaço para a confusão entre as expressões, que só abrem margem para algum debate no cenário americano, em que é histórica a controvérsia⁹⁰.

É de se destacar, também, que, no Brasil, a primeira vez em que o termo “ativismo judicial” foi utilizado não é reportada com clareza pela doutrina e jurisprudência pátria. O autor Julio Grostein⁹¹ chega a asseverar que “são absolutamente escassos (beirando a inexistência) estudos sobre as fases pelas quais o ativismo passou no Brasil”.

De todo modo, com o pouco que se encontra, esse autor aponta duas fases ativistas do Supremo, ambas de natureza liberal. São elas:

1ª Fase: República Velha e Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus* (1909 – 1926, Constituição de 1891): quando o STF passou a adotar “um posicionamento que ampliava as hipóteses de cabido do *Habeas Corpus*, estendendo-o a outros direitos, dependentes da liberdade de locomoção”.

⁸⁸ Dada a difícil conceituação, sua adjetivação também não é pacífica. Por exemplo, Barroso sobre a temática, compreende, em um primeiro momento, positivamente. Para o autor, o Judiciário ao optar por um “modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance”, tem “até aqui tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há o risco de se morrer da cura”, nessa visão. BARROSO, op. cit., 2009.

⁸⁹ “Foi a Constituição republicana de 1891 que autorizou, nos seus arts. 59, § 1º e 60, que o Poder Judiciário examinasse a validade constitucional de leis e atos normativos, sendo que tal poder foi regulamentado pela Lei n. 221, de 1894. Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º. 3, de 1926, aprimorando a redação do texto ratificou essa prerrogativa. Como é cediço, tal competência foi outorgada de forma difusa aos membros do Poder Judiciário, sendo oportuno registrar a clara influência americana na adoção deste modelo de controle. Com o advento da Emenda Constitucional n.º. 16/1965, foi instituída, no direito constitucional brasileiro, a representação de inconstitucional, inaugurando a vida do controle concentrado junto ao Supremo Tribunal Federal”. SANTOS, op. cit.

⁹⁰ “ilustra a longevidade deste debate clássico artigo federalista n. 78, que já expunha com clareza a tese favorável ao *judicial review* (à qual se filiavam os seus autores), sobretudo diante da resistência observada em alguns setores da sociedade naquele momento. Deste modo, para ser mesmo justificável (mais palatável), no âmbito da doutrina norte-americana, a corrente que aduz haver identidade entre *judicial review* e ativismo”. Ibid.

⁹¹GROSTEIN, op. cit.

2ª Fase: A redemocratização (Constituição de 1988, estágio agudo potencializado em 2003, após a edição da Emenda Constitucional nº. 45/2004): momento após a sucessão de governos autoritários iniciado a partir da Revolução de 1930, em que se inicia a nova fase, quando os casos destacados envolvem desde abstrativização do controle difuso até a perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, a verticalização das coligações partidárias e a súmula vinculante sobre nepotismo (nº 13).

Além disso – em que pese o sentido negativo majoritariamente atribuída no direito pátrio –, aponta-se um avanço do ativismo judicial no âmbito da Corte Constitucional por motivos de ordem geral – tal como o modelo intervencionista; desenho constitucional dos 3 Poderes –, bem como, no plano da dogmática, pela tendência teórica do neoconstitucionalismo e da onda de moralização do direito e, no plano da ordem institucional, “à ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas à concretização do projeto social-democrático”⁹².

Dworkin⁹³, muito influente no cenário brasileiro e importado pela doutrina e tribunais nacionais, destaca que:

o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignora o texto da Constituição. A história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignora tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.

Bruno Aguiar Santos⁹⁴ aponta que, da França, desenvolve-se a percepção do Poder Judiciário contemporâneo ocupante da função de superego da sociedade, remetendo a Antoine Garapon, para quem “ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”.

André Karam Trindade⁹⁵ entende o ativismo judicial na forma que importado no direito pátrio como um “problema complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do Poder a eles atribuídos na Constituição”.

⁹² RAMOS, op. cit., p 331.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452.

⁹⁴ GARAPON apud SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio*. 2017. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

⁹⁵ TRINDADE, op. cit.

Por esse ângulo, também Nelson Nery Júnior e Georges Abboud⁹⁶:

entendemos que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda a decisão que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.

Esses autores aludem que o Poder Judiciário tem o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos e não pode se desapegar do arcabouço normativo constitucional que vincula suas atividades para decidir com base em convicções e em seu senso de justiça.

Não é admissível, em um sistema pautado no Estado Democrático de Direito, que a justiça seja medida com base no comportamento de vontade de alguém, “nem pela do STF, pois todo juiz ao decidir precisa prestar contas de porque sua decisão é melhor para o caso, a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia”⁹⁷.

E, nesse momento, é que o “pendor” judicialista referido anteriormente encontra a sua problemática no plano prático; isso quando:

a valoração da ponderação e dos princípios não tem sido acompanhada do necessário cuidado com as justificações das decisões judiciais (...). É preciso um retorno do pêndulo. Sem descartar princípios e ponderação, é necessário resgatar regras e subsunção. O ônus argumentativo deve ser sério e bem fundado, quando a decisão for mediada por princípios. E esses devem ser estritamente necessários à decisão e para casos realmente difíceis⁹⁸.

Logo, toda a sociedade deve ficar atenta, sobretudo, o Poder Judiciário. O desenho constitucional e fático contribuiu para a judicialização das mais diversas questões, com o seu, conseguinte, destaque e popularização. No entanto, não abriu margem para o ativismo judicial, nos termos negativos acima delineados pela doutrina. Mesmo porque esse Poder compõe a ordem democrática e deve se utilizar estritamente das atribuições previstas no texto constitucional, sob pena de incorrer em contradições e na perda de sua legitimidade.

Essa popularização, com a conseguinte maior visibilidade, apenas reforça esse papel. Os mais diversos segmentos sociais estão atentos, sendo imprescindível que todo o Magistrado siga fielmente os ditames jurídicos, fundamentando devida e coerentemente suas decisões no arcabouço constitucional e legal. Isso para que as críticas, que eventualmente recaiam sobre a

⁹⁶ ABOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; Levy, Wilson. *Ativismo judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 533-534.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ ESPÍNDOLA, op. cit.

decisão tomada, encontrem uma justificativa clara e coesa do que conduziu a tal dispositivo, garantindo-se a estabilidade e a coerência que tanto se busca.

Questiona-se, pelo exposto, se, atualmente, o Judiciário permanece sendo o mecanismo mais eficaz ao melhor desempenho do texto constitucional ou se a prática judiciária do ativismo judicial já deslocou, de tal forma, o “pêndulo”, que sua atuação teria perdido sua função democrática, sendo – na verdade – uma negação aos princípios constitucionais, ao invés de reafirmá-los.

Deve-se refletir, tal como faz Suzanna Pazzolo⁹⁹¹⁰⁰, ao ponderar que “talvez ainda seja lícito questionarmos se isso seja útil, ou se, ao contrário, não seja melhor um direito em que ‘o mago-jurista cura os pacientes justamente porque os engana?’ (JORI, 1995)”. Isso é o que será verificado a seguir, com ênfase para os atos antidemocráticos.

⁹⁹ POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo: Um Modelo Constitucional ou uma Concepção da Constituição*. p. 251. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/322/315>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁰⁰ Pautando-se na constatação de que a jurisprudência hoje, não só integra e manipula o direito (para alguns), mas de fato produz o direito.

2. OS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Compreender a extensão do que são os atos antidemocráticos contemporâneos pressupõe, antes, uma análise sobre a que eles se contrapõem, a Democracia. Isso porque a ela esses atos se confrontam, indo de encontro aos seus postulados, embora – de forma contraditória – utilizem alguns deles como forma de legitimar sua atuação, como será desenvolvido neste trabalho.

2.1. Democracia?

Assim é que se deve estabelecer, antes de tudo, que a Democracia, nas palavras de José Afonso da Silva¹⁰¹, é um conceito histórico, e não uma mera concepção abstrata e estática, sendo, na verdade, um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que este vai conquistando no correr da história¹⁰². É um processo de convivência, que denota historicidade, possui uma relação de poder político e é um modo de vida, pautado no respeito e tolerância entre os conviventes¹⁰³.

Dialética, a Democracia vai rompendo contradições e antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar conteúdo novo, enriquecendo-se de novos valores. E, assim, está sempre aberta a novas perspectivas e novos horizontes na busca do aperfeiçoamento humano; ela nunca se realiza inteiramente¹⁰⁴.

Azambuja destaca que nenhum vocabulário político é mais controverso que esse. Empregado há quase dois mil e quinhentos anos, a significação do vocábulo tem variado através de períodos históricos: “verificam que houve e há tantas Democracias quantos Estados a praticaram e praticam”¹⁰⁵.

Nada obstante, a título didático, ilustram-se as vertentes comumente rememoradas quando se fala em Democracia. Sinteticamente, são:

(1) A forma direita: regime político criado e desenvolvido em Atenas/Grécia, no século VI a.c., dando pleno acesso aos cidadãos livres de participarem das deliberações políticas por intermédio da discussão, votação, e, inclusive, com possível responsabilização criminal do autor de uma lei violadora da Constituição (*politeia*), apesar do número reduzido de cidadãos

¹⁰¹ Isso considerando que a concepção de povo tem variado com o tempo, a democracia da antiguidade grega não é a mesma da dos tempos modernos; nem a democracia burguesa capitalista corresponde à democracia popular.

¹⁰² SILVA, op. cit. p. 127/128.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid., p. 131.

¹⁰⁵ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 215-216.

(apenas descendentes de família gregas) e a utilização no período da mão de obra escrava (legal no período). Somente foi adotada, além da origem, na Suíça, no século XII, por meio dos “concílios”¹⁰⁶.

(2) A forma indireta – ou também denominada representativa: surge na experiência histórica da Inglaterra entre os séculos XIII e XIV, quando o Parlamento, com o *Bill of Rights*, representava toda a noção (povo), pautando-se nos ideais desenvolvidos nas Revoluções Americana e Francesa¹⁰⁷, sendo predominante modernamente e expressa “pelo sistema partidário, político e eleitoral vigente. Nela, basicamente, escolhemos quem decidirá em nosso nome, sem preocupação com o conteúdo prévio das decisões que serão tomadas”¹⁰⁸.

Por sua vez, a democracia participativa “não nega ou enfraquece a democracia representativa. Ela a complementa e a legitima. Se realiza por diversos instrumentos de manifestação semidireta da vontade popular”, como a iniciativa popular de Leis, o referendo e o plebiscito¹⁰⁹, tendo a CRFB/88 contemplado o modelo representativo participativo, ou chamado de democracia semidireta¹¹⁰.

É prevacente a democracia nos textos constitucionais ao redor do mundo, figurando em preâmbulos e nos primeiros artigos, seja para qualificar o Estado, ou o governo do País. Com isso, exemplifica-se: Brasil de 1988 (preâmbulo e art. 1º); Alemanha de 1949 (art. 20); Espanha de 1978 (art. 1º); Itália de 1947 (art. 1º); Portugal de 1976 (art. 2º); Suécia de 1994 (art. 1º); França de 1958 (art. 1º)¹¹¹. Encontra-se, inclusive, no sistema global de proteção de direitos

¹⁰⁶ REZENDE, Luciano Chacha de. Democracia direta, representativa e participativa – Um breve exame sobre esses modelos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 18, n. 39, out./ dez. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10475/16430>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro). *Interesse Público - IP*, ano 22, n. 63, p. 79, set./ out. 2010. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21396/50958>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁰⁹ Ibid., p. 80.

¹¹⁰ “Sobre a democracia participativa, também chamada de democracia semidireta, encontramos as seguintes regras constitucionais dispostas nos incisos do artigo 14, ao contemplar o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular; no artigo 18, §§3º e 4º, os plebiscitos orgânicos, os destinados a formarem novos estados ou municípios; e no artigo 49, onde se fixou como competência exclusiva do Congresso Nacional brasileiro autorizar referendo ou convocar plebiscito. Pelo artigo 49, mostra-se que todos os nossos possíveis referendos e plebiscitos são oficiais, convocados “de cima”. Ibid., p. 80/81”.

¹¹¹ MEDAUAR, Odete. Variações sobre um tema de todos: democracia. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da et al (Coord.). *Tomo 1 - Democracia, Justiça e Cidadania: Desafios e Perspectivas – Homenagem Ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 292. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4040/4202/26663>. Acesso em: 2 abr. 2022.

– após 1988, a Assembleia Geral das Nações Unidas¹¹² adota, pelo menos, uma resolução por ano relativa à Democracia como “valor universal”¹¹³.

Ademais, com as advertências feitas no início do capítulo, esse vocábulo apresenta de forma hegemônica três princípios fundamentais que o compõem: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Tanto que a CRFB/88 – consubstanciada na axiologia do Estado Democrático de Direito – estrutura-se consagrando objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais, sendo estes os seus objetivos (art. 1º, CRFB/88).

E, como destaca Bobbio¹¹⁴, existe um núcleo comum, que será utilizado neste trabalho acadêmico, qual seja: é contraposta a qualquer forma de governo autoritário¹¹⁵, sendo “caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.

Bem como, nas palavras de Sérgio Silveira Banhos¹¹⁶, pressupõe “um poder que emane direta ou indiretamente do povo e de um sistema de direitos fundamentais formalmente expressos na Constituição, bem como demanda que esses direitos sejam realmente respeitados”. Conjuga-se a ideia de governo da maioria e do respeito aos direitos fundamentais em uma dimensão formal, com um governo para todos, em uma dimensão material¹¹⁷.

Percebe-se que esse conceito varia conforme tendências e valores dos povos, sendo o seu núcleo, no entanto, vitorioso na história. Ocorre que, “apesar de nenhum outro regime ter tido tanto apoio e apelo universal, a democracia passa por momentos turbulentos e há uma preocupação global com a estabilidade desses regimes”¹¹⁸.

Luna Van Brussel Barroso¹¹⁹, com esse pressuposto, reporta-se à pesquisa do Freedom House – agência americana que monitora o grau de democracia no mundo –, apontando que, embora o número de países que formalmente adotem a democracia seja elevado, na prática, o número de países que efetivamente garantem os postulados mínimos – como a liberdade e

¹¹² NAÇÕES UNIDAS, *A Democracia e as Nações Unidas*. 2010. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/55782-democracia-e-nacoes-unidas>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p.19.

¹¹⁵ Autoritarismo no sentido de centralização do poder, ausência de contrapesos e oposição ao pluralismo político.

¹¹⁶ BANHOS, Sérgio Silveira. O papel da democracia intrapartidária em momento de crise na democracia representativa. In: COSTA et al, op. cit., p. 61/62.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 418.

¹¹⁸ BARROSO, Luna Van Brussel. Recessão democrática, populismo e um papel possível para as cortes constitucionais. In: COSTA et al, op. cit., p. 100/101.

¹¹⁹ Ibid.

direitos políticos à oposição e às minorias – é baixo. Além do fato de que as democracias já consolidadas vêm regredindo devido à corrupção, aos movimentos populistas, antiliberais e contrários ao Estado Democrático de Direito.

No Brasil, esses indicadores são alarmantes. Veja-se:

No estudo realizado no ano de 2017 13% dos brasileiros consultados se declararam satisfeitos com o funcionamento da democracia no país, enquanto que o grau de percepção de democracia não saiu da pontuação mínima, sempre em último lugar comparativamente aos outros 17 (dezesete) países avaliados.

Apesar de 43% dos entrevistados aprovarem a democracia como melhor modelo de organização política, todos os gráficos que dizem respeito à credibilidade da população nas instituições democráticas, como aprovação (6%) e confiança (8%) no governo, sensação de que o governo é para poucos grupos poderosos em detrimento da maioria (97%), confiança no parlamento (11%), confiança nos partidos políticos (7%), entre outros, revelam que o Brasil hoje ocupa a pior posição no ranking democrático da América Latina, já que a própria população não se sente contemplada pelos seus supostos representantes no Executivo e no Legislativo.¹²⁰

Esse baixíssimo grau de aprovação e confiabilidade da população brasileira nas instituições democráticas, mesmo quando os cidadãos consideram a Democracia o melhor modelo de organização política – contraditoriamente –, representa uma clara mudança de paradigma, indicativo para vigilância.

Reitere-se, “há quatro séculos a maioria dos cidadãos estava satisfeita com seus governos e o índice de aprovação de suas instituições era elevado; hoje, a desilusão é maior do que nunca”. Alternativas autoritárias eram enfaticamente rejeitadas; os adversários políticos detinham um respeito mútuo pelas regras e normas básicas da democracia, mas, contemporaneamente, os candidatos que violam as normas mais fundamentais democráticas ganham eleições e disseminam um discurso populista e radicalista¹²¹.

2.2. Atos Antidemocráticos no Brasil e no Mundo

Essa quebra do ideal de trinfo infalível da Democracia – afirmada com o fim da Guerra Fria – resta apta a demonstrar que a construção democrática é uma tarefa árdua e cautelosa. Nesse caminhar, os atos antidemocráticos verificados ao redor do mundo e, particularmente no Brasil, são alarmantes. Isso quando, muito embora a Democracia não seja perfeita, até o

¹²⁰ ARAUJO, Gabriela Shizue Soares de; BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. A democracia participativa e a revogação popular de mandatos (recall): alternativas ao déficit democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, ano 14, n. 42, p.90/91, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/41780/89774>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹²¹ MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la?* São Paulo: Cia das Letras, 2019, [e-book].

momento, é a melhor opção encontrada; quando a alternativa defendida por muitos contemporaneamente são governos autoritários¹²² – os quais já demonstraram conduzirem ao retrocesso humanitário e social, com a ditadura de um grupo restrito, em detrimento da exploração e abuso de muitos.

2.2.1. O que são os atos antidemocráticos?

David Runciman¹²³, autor de “Como a democracia chega ao fim”, logo no prefácio de sua obra, anuncia que “a democracia sempre esteve destinada a passar, em algum momento, para as páginas da história (...) Mesmo assim, aqui estamos, antes de a segunda década do século XXI se completar, e nos defrontamos com a pergunta que ninguém esperava: é assim que a democracia chega ao fim?”.

Em sua visão, a história deve caminhar sempre para frente, sendo, para ele, natural que a Democracia fosse alterada e, até mesmo, superada. Contudo, como aponta, não se esperava que essa mudança ocorresse ainda no século XXI e tal como vem ocorrendo¹²⁴.

Desenvolve sua constatação, essencialmente, na Democracia norte-americana, considerada modelo duradouro de estabilidade, local em que “já ocorreu 57 vezes de os derrotados numa eleição presidencial aceitarem o resultado, embora aqui e ali tenha sido por pouco (especialmente na muito discutida eleição de 1876 e em 2000, quando a presidência foi conquistada pelo derrotado no voto popular – o mesmo caso de Trump)”, mas que restou contemporaneamente ameaçada quando Donald Trump elegeu-se Presidente dos Estados Unidos¹²⁵.

Yascha Mounk¹²⁶ também defende que a eleição de Donald Trump é “a manifestação mais aparente da crise democrática”:

Nunca é demais frisar o que significou a ascensão de Trump. Pela primeira vez em sua história, a democracia mais antiga e poderosa do mundo elegeu um presidente que despreza abertamente normas constitucionais básicas — alguém que deixou seus apoiadores “em suspense”, ameaçando não aceitar o resultado da eleição; que

¹²² “*inclines one toward attitudes and behaviors variously concerned with structuring society and social interactions in ways that enhance sameness and minimize diversity of people, beliefs, and behaviors. It tends to produce a characteristic array of functionally related stances, all of which gave the effect of glorifying, encouraging and rewarding uniformity and disparaging, suppressing, and punishing difference*”. STENNER, Karen; HAIDT, Jonathan. Authoritarianism is not a momentary madness, but an eternal dynamic within liberal democracies. In: SUSTEIN, Cass. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: Dey Street Books. 2018, p. 175.

¹²³ RUNCIMAN, David. *Como a Democracia chega ao fim*. São Paulo: Todavia, 2018 [e-book].

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ MOUNK, op. cit.

defendeu a prisão de sua principal opositora política; e que sem exceção preferiu os adversários autoritários do país a seus aliados democráticos. Mesmo se no fim das contas Trump for cerceado pelos mecanismos institucionais de controle, a disposição do povo americano em eleger um aspirante a déspota para o cargo mais alto do país é um péssimo sinal.

Consideram Trump “uma versão caricatural do fascismo”¹²⁷ pelo uso de teorias da conspiração¹²⁸, discursos discriminatórios em face de minorias – sobretudo, imigrantes¹²⁹ e negros¹³⁰ – e afirmações genéricas da grandeza nacional, que seriam suficientes para a solução dos problemas da Nação, com o desprezo aberto às normas constitucionais e à imprensa, elegendo-se, sobretudo, pela classe média americana, ao colocar-se “na missão de resgatar a presumida desgastada supremacia americana retratada no seu slogan da campanha ‘Make America Great Again’. Aliás, e é importante presumida por ele e por quem o apoiou e apoia”.¹³¹, com a utilização das redes e disseminação de notícias falsas pela internet¹³².

¹²⁷ RUNCIMAN, op. cit.

¹²⁸ “A força com que teorias da conspiração passaram a ocupar o cerne da política em muitos países da América do Norte e da Europa Ocidental ao longo dos últimos anos demonstra o grau de erosão sofrido pela democracia liberal nesses países. Nenhum país mostra essa tendência de forma mais clara do que os Estados Unidos. Em suas primeiras incursões na política, Donald Trump surfou na onda da teoria da conspiração, “investigando” se Barack Obama tinha forjado sua certidão de nascimento. Durante sua campanha à presidência, teorias bizarras sobre Hillary Clinton ganharam um destaque sem precedentes no Twitter, no Facebook e nos programas de rádio. Como presidente, Trump continuou usando sua grande visibilidade para espalhar uma série de falsidades premeditadas — da alegação sempre repetida de que 3 milhões de americanos votaram de forma ilegal às declarações infundadas de que o governo Obama o grampeou secretamente” MOUNK, op. cit.

¹²⁹ “É justo que eles tomem o emprego do meu filho?”, dirá alguém fazendo eco o discurso precipitado de tantos políticos. Esse discurso marcou profundamente as últimas eleições presidenciais americanas. Trump prometia ser a voz dos que estavam incomodados com os que vinham de fora. O muro do México, ridicularizado por parte significativa dos pensadores americanos, encontrou força entre aqueles que não mais queriam conviver com os que imigravam em busca de emprego” CHALITA, Gabriel. A justiça e o que permanece – Uma breve reflexão sobre a verdade e suas ausências. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). *Democracia e Sistema de Justiça: Obra em Homenagem Aos 10 Anos do Ministro Dias Toffoli No Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.249. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4000/4154/25707>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹³⁰ “A eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA estimulou brancos racistas a emergirem de cada canto da sociedade, resistindo a quaisquer propostas que promovam mudança na questão racial. Por certo, a violência racial branca e a intolerância são agora abertamente demonstradas de modo jamais visto no passado recente. Em razão de o sistema atual de opressão racial, nos Estados Unidos, ter tais deletérios efeitos sobre pessoas de cor, um acadêmico, totalmente ciente dos efeitos opressores da escravidão e do regime Jim Crow, descreveu-o como produtor de uma nova baixa nas relações raciais norte-americanas (Cha-Jua, Sundiata, prestes a ser publicado)”. MORRIS, Aldon; TREITLER, Vilna Bashi. O Estado Racial Da União: compreendendo raça e desigualdade racial nos Estados Unidos da América. *Caderno CRH*, v. 32, n. 85, p. 28, 2019. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/v3rPpfS74whKzwmGbrzV5Nn/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹³¹ CALIMAN, Orlando. *Trump e a democracia*. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/opiniaio/artigos/2017/02/trump-e-a-democracia-1014022481>. Acesso em: 2 abr. 2022

¹³² “Na corrida presidencial norte-americana de 2016, atribui-se intenso – quiçá decisivo – papel das fake news na derrota de Hillary Clinton por Donald Trump, falseando-se desde um suposto apoio do Papa Francisco ao candidato Trump até uma suposta aprovação de Hillary Clinton da venda de armas dos Estados Unidos para os jihadistas”. QUINELATO, João. Liberdade, verdade e fake news: mecanismos para o ressarcimento de danos. In: CATALAN, Marcos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). *Direito Civil e Tecnologia: Tomo I*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 480. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4087/4451/32002>. Acesso em: 2 abr. 2022.

E o início do ano de 2021 apenas asseverou o que esses autores vinham defendendo. Isso porque, quando da sua não reeleição, em um contexto sem precedentes – devido à conjugação dos efeitos da crise ocasionada pandemia do coronavírus (COVID-19)¹³³ e das diversas manifestações contra a violência policial às pessoas negras¹³⁴ –, o Presidente, contrariado com o caminhar do resultado eleitoral, que já indicava sua derrota para Joe Biden, motivou a invasão por seus apoiadores do Capitólio, símbolo da Democracia Americana:

No dia 6.1.2021, quando aconteceria sessão para homologar o resultado das eleições ocorridas ainda em 2020, Trump fez um discurso para apoiadores poucas horas antes do início da assembleia e a uma distância pequena do prédio do Capitólio, precisamente em um palanque armado em frente aos jardins da Casa Branca (WhiteHouse), sede do Poder Executivo daquele país. No questionado discurso, Trump, não aceitando sua derrota para o hoje Presidente Joe Biden, inflama a pequena multidão com palavras de ordem relacionadas à acusação de fraudes nas eleições e insuflando-a com frases como “se vocês não lutarem como o inferno, não terão mais um país” e “estamos indo para o Capitólio”. O evento terminou com a invasão do prédio-símbolo da democracia daquele país, com cenas de vandalismo, violência e algumas pessoas mortas. O comício, que fora organizado pelas redes sociais – como de resto o foram quase todas as manifestações do governo Trump, oficiais ou não – e, logo após o acontecimento, enquanto a população mundial assistia atônita às imagens veiculadas ela imprensa, o próprio ex-presidente postava no aplicativo Twitter um vídeo, no qual afirmava que tivera uma eleição roubada e a vitória dele havia sido

¹³³ “O mundo está enfrentando uma pandemia com a Covid-19, consequência do novo coronavírus, o SARS-COV-2. Mas esta não é a primeira pandemia mundial da história da humanidade, a diferença é o advento da internet e das redes sociais, que estão permitindo um grande fluxo de informações instantâneas sobre a doença. Os impactos são diversos, não somente nos sistemas de saúde, saneamento e segurança, como também na política, na economia e na cultura. Não é possível prever quando e como terminará esta crise da saúde mundial, mas é essencial afirmar que os impactos socioeconômicos estão sendo nocivos à sociedade, pois a Covid-19 está denunciando o aumento das desigualdades sociais, agravando a crise econômica, que já estava em percurso, e deflagrando uma polarização política na sociedade. No mapa de dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre a disseminação da doença, os Estados Unidos da América (EUA) estão no topo da lista, apresentando os maiores números de contaminados e de mortes pela Covid-19, conforme dados no site da OMS em 12 de novembro de 2020 (OMS, 2020). Além dessa preocupante estatística, o país parece não enfrentar somente a pandemia, como também uma onda de descrença na seriedade da doença, o que agrava mais a situação. Os discursos do presidente Donald Trump, desde as primeiras notícias sobre o coronavírus SARS-COV-2, têm minimizado a seriedade da doença, contrariado as recomendações da OMS e da comunidade científica e politizado a crise enfrentada pela pandemia, polarizando ainda mais as opiniões públicas no país. Além disso, o presidente dos EUA recomenda fortemente o uso de medicamentos cuja eficácia para o tratamento da COVID-19 não tem comprovação científica. Antes da pandemia, os discursos de Trump já eram caracterizados como populistas e de direita, conforme Maly (2019), visto que têm apelo à intolerância, ao inimigo da sociedade e à defesa do nacional”. MORAIS, Jennifer Azambuja de; COSTA, Andressa Liegi Vieira; BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. Populismo, polarização política e a pandemia do coronavírus: Donald Trump e a opinião pública nos Estados Unidos. *Revista debates: revista de ciências sociais*. Porto Alegre, RS. V. 14, n. 3, 2020, p. 127. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/9185?locale-attribute=em>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹³⁴ “Nesse cenário marcado por falas controversas sobre as relações raciais, grupos supremacistas tomaram as ruas da cidade de Charlottesville, na Virgínia, para preservar os monumentos confederados, associados simbolicamente ao racismo sulista, provocando confrontos violentos com grupos antifascistas e antirracistas. Já neste incidente, Trump procurou enquadrar o Black Lives Matter como uma organização de arruaceiros e de violadores da ordem. A estratégia foi a de afastar os manifestantes negros da imagem idealizada de Martin Luther King e retratá-los como uma ameaça ao ‘modo de vida americano’”. FRANCISCO, Flávio Thales. Ribeiro. O Velho Cadillac: Raça, Nação e Supremacia Branca na Era Trump. *Sankofa, (São Paulo)*, v. 13, nº 24, p. 19. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sankofa/article/view/178931>. Acesso em: 2 abr. 2022.

esmagadora, o que era do conhecimento de todos, em especial “o outro lado”. O Twitter bloqueou de imediato por 12 horas a conta de Trump, a fim de aguardar que a postagem fosse retirada. Bloqueio temporário também foi realizado por Facebook e Instagram, nesse caso por 24 horas.¹³⁵

Posteriormente, ainda, referiu-se francamente aos invasores de forma positiva, insistindo em deslegitimar o processo eleitoral¹³⁶. Fora outras diversas tentativas de alegar fraude eleitoral, mas que restaram invalidas, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitado o pedido de anulação do resultado das eleições¹³⁷¹³⁸.

Essa realidade – de negação dos valores básicos democráticos, com o falseamento da vontade popular – não foi observada apenas nos EUA. Diversos são os casos de países que hoje vivenciam o crescimento de movimentos antidemocráticos, tal como a Índia, a Turquia, as Filipinas, o Equador, a Hungria e a Polônia¹³⁹.

¹³⁵ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. Liberdade de expressão, Estado de Direito e Democracia. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; _____. *Liberdade de Expressão e Relações Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p.42. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4191/4381/30246>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹³⁶ SENA, Kárita Emanuelle Ribeiro; VOLPATO, Alana Nogueira; LUVIZOTTO, Caroline Kraus. Democracia Midiatizada: dilemas e contradições do fazer político na sociedade contemporânea. *Anais de Artigos do Seminário Internacional de Pesquisas em Midiatização e Processos Sociais*, v. 1, n. 4, 2021. ISSN 2675-4290. Disponível em: <<http://midiaticom.org/anais/index.php/seminario-midiatizacao-artigos/article/view/1334>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹³⁷ “A Suprema Corte dos EUA rejeitou nesta sexta-feira uma ação movida pelo procurador-geral do Texas para anular os resultados eleitorais de quatro estados-chave na derrota do ainda presidente Donald Trump—Geórgia, Michigan, Pensilvânia e Wisconsin— e deixou praticamente morta a cruzada legal em andamento para reverter as eleições, acenando com o espectro da fraude. A resolução se soma à da terça-feira passada, que também rejeitou uma tentativa republicana da Pensilvânia na mesma direção, e deixa claro que a mais alta autoridade judicial do país, com maioria conservadora, não participará da campanha incomum do presidente.”. MARS, Amanda. Suprema Corte enterra a tentativa de Trump de reverter as eleições. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-12-12/suprema-corte-enterra-a-tentativa-de-trump-de-reverter-as-eleicoes.html>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹³⁸ “Talvez o exemplo mais gritante ocorrido nos últimos tempos, tenham sido os reiterados ataques à democracia estado-unidense perpetrados pelo ex-presidente Donald Trump e quão suscetível a estes ataques foram as Cortes Americanas e o Legislativo daquele país. As últimas eleições presidenciais nos Estados Unidos colocaram à prova o sistema eleitoral, com a vitória do atual presidente Joe Biden repetidamente contestada pelo ex-presidente Trump, que foi derrotado. Assistimos às cortes de justiça resistindo em vários pontos do país aos ataques e tentativas de desacreditar o resultado eleitoral. A invasão do Capitólio em 6 de janeiro de 2021 por apoiadores de Donald Trump, no dia em que a ocorreria a sessão de certificação dos votos do Colégio Eleitoral, foi uma demonstração clara dos perigos que correm mesmo as democracias mais consolidadas e a necessidade de que este regime seja permanentemente reiterado e protegido.” JESUS, Lúcia Helena Martins de. Democracias e suas fragilidades: o exemplo da prorrogação do parlamento proposta por Boris Johnson. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso de; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto (Coord.). *Autoritarismo Líquido e Crise Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 193. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4281/4476/32500>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹³⁹ “Na Turquia, a explicação que Erdogan sempre dá para a oposição política ao seu poder é que seus inimigos conspiram contra o povo turco. Entre os conspiradores não estão apenas Gülen e seus comparsas, mas a União Europeia, o FMI e o “lobby da taxa de juros”, uma alusão aos judeus. Na Polônia, o governo do Partido Lei e Justiça (PiS) culpa repetidamente “o sistema” por qualquer problema que enfrente. Esse sistema é formado por autoridades não eleitas e instituições infiltradas por agentes de regimes estrangeiros. Nas palavras de Jarosław Kaczyński, cofundador e líder do PiS: “A questão é saber se a democracia consegue tomar decisões no lugar de um punhado de gente comprada pelos estrangeiros e de forças internas que não servem aos interesses da

A pesquisa intitulada “Democracy Report 2022”¹⁴⁰ demonstra que 2021 apresentou um número recorde de nações se autocratizando. Segundo seus dados, nos últimos 50 anos, 33 países abrigam 36% da população mundial, sendo que o mundo não apresenta tão poucos democratizadores desde 1978. Há um democrático evidente, especialmente na Ásia-Pacífico, Europa Oriental e Ásia Central, bem como em partes da América Latina e Caribe. E sua prova cabal ocorre com a invasão pela Rússia, ordenada pelo Presidente Putin, da Ucrânia – país independente governado por um governo eleito. Trata-se de um indicativo dos perigos que o mundo enfrenta como consequência da autocratização que começou a ocorrer na Rússia há 20 anos

Há, ainda, os indicadores de polarização e da desinformação, ambos crescentes. Segundo a pesquisa reportada muitos países começaram a invadir aspectos específicos de liberdades e direitos nos últimos dez anos. Em 37 países, o controle governamental sobre a existência das organizações da sociedade civil se moveu em uma direção autoritária. Esses dados evidenciam o amplo enfraquecimento da sociedade civil em todo o mundo¹⁴¹.

No Brasil, a realidade não é diferente: “A lei fundamental está sendo testada (...) sucessivos ensaios autoritários do Executivo, das violações à cláusula constitucional da

Polônia”.¹⁹ Na Índia, Narendra Modi usa o Twitter com a mesma frequência de Trump para fustigar as pessoas que planejam a sua derrubada, de potências estrangeiras ao “Estado profundo” indiano. Enquanto isso, a oposição a Modi faz circular teorias da conspiração ainda mais extremas a respeito dele: suas vitórias eleitorais só foram obtidas por meio de fraude; ele é agente secreto do Paquistão; ele é judeu. O populismo promove a paranoia por todos os lados. Uma vez que a produção de teorias da conspiração se converte em filosofia de governo, ela passa a se reforçar por conta própria. Os eleitores não se alternam mais para manifestar suas suspeitas de que o sistema é manipulado. Ganhando ou perdendo, todos os partidos passam a considerar que a democracia encobre conspirações contra eles. Como romper esse ciclo? É muito difícil. Um dos modos pode ser forçar as conspirações reais a aparecerem às claras, provando finalmente que alguém tinha razão. Entretanto, como já vimos, os golpes não são mais como no passado. Outra maneira podia ser expor a falsidade das teorias da conspiração, provando finalmente que alguém estava errado. Mas isso só ocorre muito raramente. O golpe de Estado fracassado na Turquia não mudou nada porque serviu para confirmar as versões nas quais as pessoas de todos os lados queriam acreditar. Tanto foi apontado como prova de que Erdogan era vítima de um complô quanto de que foi o responsável pelo mesmo complô. Em 2010, Lech Kaczyński, presidente da Polônia e irmão de Jarosław, morreu num acidente de avião a caminho da floresta de Katyn, perto de Smolensk, no oeste da Rússia, onde era esperado para uma cerimônia em memória das mortes de 20 mil oficiais poloneses, assassinados por agentes do regime stalinista em 1940. Jarosław e seus seguidores puseram a culpa do acidente no “sistema”, que nesse caso inclui os russos, a União Europeia, o establishment liberal, os comunistas clandestinos e os judeus. Nenhuma investigação sugere que tenha sido causado por nada além de um erro do piloto em péssimas condições climáticas. Mas não faz diferença. E caso uma nova investigação viesse a descobrir agora indícios da cumplicidade russa no acidente, isso tampouco faria diferença. Para qualquer um inclinado a discordar, seria apenas uma prova de que a nova investigação foi parte de uma conspiração organizada pelo governo. Cada vez mais, as pessoas acreditam no que querem acreditar. A política populista se alimenta desse fenômeno. E também, por sua vez, cuida de alimentá-lo”. RUNCIMAN, op. cit.

¹⁴⁰ ALIZADA, Nazifa et al. Autocratization Changing Nature?. *V-Dem Working Paper Forthcoming*, 2022. Disponível em: https://v-dem.net/media/publications/dr_2022.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁴¹ Ibid.

separação dos poderes e dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis com o desmantelamento das agências responsáveis pela sua satisfação”¹⁴².

Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto:

Experimenta-se, agora, um governo de direita que a mesquinha os direitos fundamentais, que se omite diante do direito à vida em plena época de pandemia, implicando um sem-fim de mortes evitáveis, que agride os grupos vulneráveis, é cúmplice de disparos em massa de fake news, consente com as mensagens autoritárias e a disseminação dos discursos de ódio pelos seus grupos de apoio, reivindicando o fechamento do Supremo Tribunal Federal ou do Congresso Nacional. Um governo que propõe uma reinterpretação oportunista do art.142 da Constituição Federal, autorizadora de uma fantasiosa intervenção militar nos negócios do Estado, elabora dossiês contra adversários, trata os opositores como inimigos que merecem aniquilamento e, mais, segundo noticiou a revista Piauí, pretendeu, efetivamente, uma ou outra vez, promover um golpe para implantar regime de exceção, e que, finalmente, promove publicamente a defesa de torturadores e da ditadura militar¹⁴³.

E, embora, o autoritarismo devesse ser superado sob a axiologia da constituinte de 1988, permanece presente, e, agora, manifesta-se claramente. Fábio Lins de Lessa Carvalho¹⁴⁴ ilustra tal assertiva com o evento ocorrido no dia 22 de abril de 2020, quando, em uma reunião ministerial nas dependências do Palácio do Planalto, em Brasília, foram proferidas pelo Presidente e seus ministros frases “sem filtros”, as quais – segundo esse autor – ilustram o retrocesso e os crescentes entraves à democracia que o país vem enfrentando.

Quatro países da África Subsaariana fizeram progressos democráticos: Madagascar, Malawi, Seychelles e Gâmbia. Mas mais do dobro – onze países da região – diminuíram em relação a 2011: Benin, Botsuana, Burundi, Comores, Gana, Costa do Marfim, Mali, Maurícias, Moçambique, Tanzânia e Zâmbia. Quatro dos países que avançam estão na região da Ásia-Pacífico: Fiji, Malásia, Coreia do Sul e Sri Lanka. A Coreia do Sul é um raro exemplo de país que interrompeu e revirou um período de autocratização. Quase o dobro – sete países – piorou na Ásia-Pacífico na última década – Afeganistão, Bangladesh, Camboja, Hong Kong, Índia, Tailândia e Filipinas. Três países avançados são encontrados na Europa Oriental e na Ásia Central: Armênia, Geórgia e Uzbequistão. As qualidades democráticas decaíram substancialmente em mais do dobro – sete – nos últimos dez anos: Bielorrússia, Croácia, República Checa, Hungria, Polónia, Sérvia e Eslovénia. Na América Latina, dois países melhoraram: República Dominicana e Equador. O Equador é outro exemplo de país que conseguiu reverter um processo de autocratização. Novamente, grandes regressões atingiram o dobro de países: Brasil, El Salvador, Nicarágua e Venezuela. Na região do MENA, Líbia e Tunísia avançaram no LDI em relação a 2011 mesmo que a Líbia ainda esteja em um nível extremamente baixo e a Tunísia tenha enfrentado um autogolpe em 2021. Há dois autocratizadores – Turquia e Iêmen – na região. Na Turquia, o processo começou em 2006 e ainda está piorando. Nenhum país da América do Norte e da Europa Ocidental fez melhorias na última década. Enquanto isso, dois países da Europa Ocidental e da América do Norte que se autocratizaram nos últimos dez anos: Grécia e Estados Unidos da América”. (tradução livre). Ibid.

¹⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. A democracia constitucional em período de tempestade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4260/4446/31884>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Dos riscos à consolidação de uma Administração Pública democrática e republicana no Brasil: a permanência do autoritarismo e do patrimonialismo. *Interesse Público* - IP, ano 22, n. 126, mar./ abr. 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/42051/93313>. Acesso em: 2 abr. 2022. [e-book]

Geram alarde, outrossim, a redução da transparência com o orçamento público, com realce para as chamadas “emendas ao relator”¹⁴⁵; as medidas adotadas pelo Governo Federal durante a Pandemia de Covid-19 – tal como elucidada a pesquisa elaborada pela USP¹⁴⁶, com linha do tempo da estratégia federal de disseminação da Covid-19, publicada em janeiro de 2021 e atualizada por solicitação Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI¹⁴⁷ – sobre a pandemia, do Senado Federal; e a ameaça ao voto impresso¹⁴⁸. São indícios de que a recente democracia brasileira corre riscos, quando as normas básicas das instituições Democráticas estão sendo postas em xeque.

Nesse sentido, definiu-se que os atos antidemocráticos contemporâneos apresentam como características comuns: (1) manifestações autoritárias por um dos Poderes; conjugadas com (2) ataques generalizados – sejam eles praticadas por agentes públicos ou particulares – aos princípios fundantes do Estado Democrático, em especial à (2.1) separação dos poderes e aos (2.2) direitos fundamentais¹⁴⁹, embora – de forma contraditória – os utilizem como forma

¹⁴⁵ “A utilização de emendas orçamentárias como forma de cooptação de apoio político pelo Poder Executivo, além de afrontar o princípio da igualdade, na medida em que privilegia certos congressistas em detrimento de outros, põe em risco o sistema democrático mesmo. Esse comportamento compromete a representação legítima, escoreita e digna, desvirtua os processos e os fins da escolha democrática dos eleitos, afasta do público o interesse buscado e cega ao olhar escrutinador do povo o gasto dos recursos que deveriam ser dirigidos ao atendimento das carências e aspirações legítimas da nação”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 854*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759335458>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁴⁶ “Como resultado da estratégia que, segundo o Tribunal de Contas da União, configura a ‘opção política do Centro de Governo de priorizar a proteção econômica’, o Brasil ultrapassou a cifra de 200 mil óbitos em janeiro de 2021, em sua maioria mortes evitáveis por meio de uma estratégia de contenção da doença. Isto constitui uma violação sem precedentes do direito à vida e do direito à saúde dos brasileiros, sem que os gestores envolvidos sejam responsabilizados, ainda que instituições como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União tenham, inúmeras vezes, apontado a inconformidade à ordem jurídica brasileira de condutas e de omissões conscientes e voluntárias de gestores federais. Reiterando o que já foi abordado em edições anteriores deste boletim, destacamos a urgência de discutir com profundidade a configuração de crimes contra a saúde pública, crimes de responsabilidade e crimes contra a humanidade durante a pandemia de Covid-19 no Brasil”. VENTURA, Deisy de Freitas Lima. et. al. *A linha do tempo da estratégia federal de disseminação da Covid-19. Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil*. São Paulo, n. °10, 2021, p.7. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/directbitstream/3b1910da-027e-41c6-b740-12642d275300/HSA_02_2021.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. *CPI da pandemia*. 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>. Acesso em 2 abr. 2022.

¹⁴⁸ WETERMAN, Daniel; Souza, Matheus de. ‘Sem voto impresso em 2022, vamos ter problema pior que dos EUA’, diz Bolsonaro. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2021/01/07/sem-voto-impresso-em-2022-vamos-ter-problema-pior-que-dos-eua-diz-bolsonaro.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁴⁹ “Direitos fundamentais podem ser definidos de diversas formas, seja a partir de sua identificação com os direitos humanos, seja a partir de perspectivas mais analíticas, como aquelas mais formais ou procedimentais. No caso brasileiro, esta definição pode se dar de forma razoavelmente segura a partir do próprio texto constitucional, que, não obstante os defina formalmente por meio de um catálogo, faz uma remissão de cunho material a todos os outros direitos fundamentais que decorram do regime e dos princípios por ele adotados. Com isso se conclui que o rol constante do art. 5º, CF/1988, não esgota os direitos fundamentais e, como todos os outros direitos assegurados ao longo do corpo constitucional decorrem dos princípios ou do regime adotados, sua previsão constitucional parece suficiente para lhes atribuir tal ‘fundamentalidade’, ostentando-a, por exemplo, os direitos econômicos,

de legitimizar sua atuação. É notório que esses atos (3) não interromperam o modelo democrático para a instituição de um Estado de Direito, como anteriormente¹⁵⁰.

Ressalve-se: a ausência de alguma dessas características não torna o ato democrático, bem como a presença de todos os elementos acima apenas reforça a potencialidade danosa dos atos para o modelo democrático. Tal conceituação, como todas, é utilizada para fins instrutivos, devendo ser analisado sempre o caso concreto.

O novo modelo antidemocrático insere “mecanismos do autoritarismo típicos de exceção no interior da rotina democrática como uma verdadeira técnica de governo. Ou seja, o adensamento típico de um Estado autoritário deu lugar a estruturas que convivem com medidas democráticas e legítimas”¹⁵¹.

2.3. Apodrecimento Constitucional e Jogo-Duro Constitucional

Torna-se válido e necessário, nesta etapa do capítulo, abordar as concepções desenvolvidas pelos autores Jack Balkin¹⁵², que se reporta ao fenômeno do “apodrecimento constitucional”, e Mark Tushnet¹⁵³, ao “jogo-duro constitucional”.

Nessa acepção, diante do aumento de fatores que contribuam para o “apodrecimento constitucional” - como polarização política, desigualdade econômica, perda da confiabilidade na gestão da coisa pública pelas autoridades –, haveria a disseminação de promessas imediatistas por líderes políticos, promovendo a degradação gradual do espírito liberal e a restrição das normas constitucionais¹⁵⁴.

Essa perda gradativa do espírito republicano e da eficácia das normas constitucionais seria a oportunidade para líderes políticos, constatando a fragilidade institucional, proporem

sociais e aqueles que limitam o poder de tributar; em outras palavras, direitos relacionados à tributação são ‘fundamentais’”. Rocha, Paulo Victor Vieira da. Definição e estrutura dos direitos fundamentais. *Revista De Direito Administrativo*, v. 268, p. 149. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50737>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁵⁰ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros; SERRANO, Juliana Salinas. Notas sobre autoritarismo na contemporaneidade. In: PIRES, op. cit., p.31

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Tradução livre do termo originário “*constitutional rot*”. BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot: Faculty Scholarship Series. In: _____; LEVINSON, Sanford. Constitutional Crises. *University of Pennsylvania Law Review*. Filadélfia: Estados Unidos, v. 157, n.3, ed. 707, 2009, p.415.

¹⁵³ Tradução livre do termo originário “*constitutional hardball*”. TUSHNET, Mark V. Constitutional Hardball. *John Marshall Law Review*. Washington, D.C., nº 37, 2004, p. 523/553.

¹⁵⁴ GUTTMAN, Leonardo Martin. Crise Democrático-Institucional e o papel do Judiciário. *Departamento de Direito PUC-RIO*, Rio de Janeiro, 2022, p.6/7. Disponível em: https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2020/download/relatorios/CCS/DIR/DIR-LEONARDO%20MARTIN%20GUTTMAN.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

“medidas que, por mais que não fossem flagrantemente inconstitucionais, desafiariam o entendimento comum acerca das normas constitucionais”, o que permitiria vácuos de poder aptos a instituir “o jogo-duro constitucional” de Tushnet.¹⁵⁵

Os autores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt¹⁵⁶ fazem uma metáfora ilustrativa sobre como os autocratas “minam sutilmente as instituições”, comparando a democracia a um jogo de futebol, no qual o autocrata realiza três ações: (a) capturar o árbitro¹⁵⁷; (b) tirar da partida pelo menos algumas das estrelas do time adversário; (c) mudar as regras do jogo, em seu benefício. E, ao realizar tais práticas, chega-se a uma situação em que se ficam permitidas arbitrariedades sem que haja punições¹⁵⁸.

Denomina-se autoritarismo líquido ao conferir “ao Estado um poderio que, diluído na rotina democrática, enfraquece os mecanismos de controle típicos do regime jurídico-administrativo”, sendo tão nefasto quanto o adensamento típico do Estado autoritário¹⁵⁹.

2.4. Constitucionalismo Abusivo

Esse autoritarismo líquido do século XXI representa o que David Landau¹⁶⁰ cunhou de “constitucionalismo abusivo”, uma forma de ataque à democracia constitucional, que ocorre quando representantes do povo utilizam ferramentas democráticas para possibilitar um sistema menos democrático.

E, tal como assevera Maria Queiroz Barbosa¹⁶¹, didática e sinteticamente, representa um modelo deturpado de constitucionalismo. Isso quando, para se efetivar ou manter no poder, não promoveria golpes de Estado, mas utilizaria outros mecanismos, como, por exemplo:

O partido majoritário, as coalizões de partidos e os Presidentes da República fortes podem utilizar de emendas constitucionais para manterem-se no Poder Executivo

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018 [e-book].

¹⁵⁷ “Para melhor compreender como autocratas eleitos minam sutilmente as instituições, é útil imaginarmos uma partida de futebol. Para consolidar o poder, autoritários potenciais têm de capturar o árbitro, tirar da partida pelo menos algumas das estrelas do time adversário e reescrever as regras do jogo em seu benefício, invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra seus oponentes.” Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros; SERRANO, Juliana Salinas. Notas sobre autoritarismo na contemporaneidade. In: PIRES, op. cit., p.31.

¹⁶⁰ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California Law Review.*, California, v. 47, n.º 189, 2013. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁶¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos Fundamentais e Justiça - RBDFJ*, ano 5, n. 39, jul./ dez. 2018, p.85. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/136/31741/79217>. Acesso em: 2 abr. 2022.

com, por exemplo, a aprovação de reeleição do Chefe do Executivo, além de alterarem mecanismos de controle sobre os demais Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos.¹⁶²

Ou seja, é concebida pela prática “a utilização de institutos do direito constitucional e do Estado constitucional para violar e minar a democracia liberal por meio especialmente de emendas constitucionais e da substituição de constituições por novas leis fundamentais”¹⁶³.

Os Chefes do Executivo, assim, para concentrar os seus poderes e desabilitar agentes de controle sobre sua atuação, promoveriam práticas de interpretação e alteração do ordenamento, utilizando, no entanto, os escudos do constitucionalismo e da democracia.¹⁶⁴

Assevere-se: esse constitucionalismo representa um conjunto de atos concatenados com o objetivo final de enfraquecer a democracia constitucional sob a aparência da legitimidade, distinta de uma isolada infração da Constituição - uma importante distinção.

Os motivos que levariam a tal escolha - meio contemporâneo preferido e eficaz para se consolidar no poder dos autocratas - seriam: (i) não sofrer maiores retaliações da comunidade internacional, “não se observam reações globais tão severas”; (ii) facilitar a permanência no poder; (iii) “enfraquecer o sistema de controle, especialmente dos Tribunais, mesmo que as Constituições ainda pareçam democráticas a distância, as alterações realizadas pelas *democraturas* destroem a democracia constitucional”¹⁶⁵.

Tushnet¹⁶⁶ também se reporta ao constitucionalismo abusivo em estudo sobre outras possibilidades do constitucionalismo pautado no que de Diana Kapiszewski destacou como “constitucionalismo adjetivo”, e o define como o uso de formas constitucionais liberais para alcançar objetivos não liberais ou iliberais. O constitucionalismo abusivo pode ser pensado como uma instância do chamado paradoxo da tolerância liberal, sendo sua exigência que o regime tolere a advocacia política que, se bem-sucedida, aboliria a tolerância liberal.

Nesse sentido, ainda, Luiz Eduardo Altenburg de Assis¹⁶⁷, reportando-se à obra de Kim Scheppele, caracteriza esse fenômeno autocrático moderno, pela prevalência do legalismo – com o destaque para questões formais, a técnica e regras estabelecidas e, antagonicamente, com

¹⁶² Ibid, p.84.

¹⁶³ Ibid, p.84

¹⁶⁴ Ibid, p. 85.

¹⁶⁵ Ibid, p 85.

¹⁶⁶ TUSHNET, Mark. Varieties of Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 1, p. 1-5, 2016. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2016/04/varieties-of-constitutionalism-i%C2%B7con-14-issue-1-editorial/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁶⁷ ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg. de. Legalismo Autocrático na Administração Pública e o Controle pelo Poder Judiciário. *Revista Digital De Direito Administrativo*, v. 8, n.º 2, 2021, p. 115. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/183054>. Acesso em: 2 abr. 2022.

a não observância do conteúdo, com o compromisso constitucional axiológico –, com uma verdadeira incongruência ao inverter os valores primordiais do constitucionalismo.

Mesmo porque “uma das características centrais do constitucionalismo democrático é a sujeição dos governantes ao *accountability* - expressão plurissignificativa que designa um conjunto de mecanismos de controle e a prestação de contas dos governantes”¹⁶⁸, atuando os legalistas do constitucionalismo abusivo diretamente em afronta à concepção de *accountability*, seja em sua dimensão vertical -“responsividade das autoridades perante a sociedade civil”-, ou da dimensão horizontal -“responsividade dessas autoridades perante outras instituições do Estado.”¹⁶⁹.

No Brasil, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da ADPF nº 622/DF¹⁷⁰, já qualificou medida adotada pelo Poder Executivo nesse sentido. O caso envolvia a interferência no CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente –, órgão cuja função é fiscalizar a execução da política nacional de atendimento às crianças e adolescentes.

Nessa ocasião, o Ministro ressaltou tratar-se o constitucionalismo abusivo de uma das maiores ameaças à democracia, já que propõe, ao fim, o enfraquecimento dos demais poderes, tendo a “lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder autocrático, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empoderamento e permanência no cargo”¹⁷¹.

O Ministro, ainda, reafirmou o papel da Corte Constitucional que deve incumbir-se nesses casos para “a proteção do adequado funcionamento da democracia, bem como a tutela a direitos fundamentais, sendo de se destacar que a presente decisão visa a assegurar a participação da sociedade civil no processo decisório estatal”¹⁷² e, assim, procedeu qualificando

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETO Nº 10.003/2019. COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO DO CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA. CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. Importância de evitar os riscos do constitucionalismo abusivo: prática que promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação. Instrumento associado, na ordem internacional, ao retrocesso democrático e à violação a direitos fundamentais.

2. A estruturação da administração pública federal insere-se na competência discricionárias do Chefe do Executivo federal. Entretanto, essa competência encontra limites na Constituição e nas leis e deve respeitá-las. [...]

12. A decisão foi recentemente confirmada no plenário do Supremo Tribunal Federal por dez votos a um, vencido o Ministro Marco Aurélio”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 622 MC/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755918124>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

a medida como constitucionalismo abusivo, “diante o exercício de competências aparentemente válidas do ponto de vista formal, porém, materialmente antidemocráticas. Por esse fundamento, deferiu a suspensão cautelar de parte do Decreto Federal nº 10.003/2019”¹⁷³.

Nesse cenário, reiterou o Ministro o papel da Corte como verdadeiro protetor do Estado Democrático de Direito face aos eminentes riscos que este se encontra, bem como as liberdades e garantias fundamentais por este Estado assegurados, por conseguinte.

Correta e necessária tal colocação e postura do Poder Judiciário. Atos antidemocráticos, mesmo que, a princípio, isolados, ao tentarem promover o desmonte, devem ser rechaçados peremptoriamente – especialmente, quando praticados por agentes estatais – na busca de evitar que tal prática seja reiterada e coloque efetivamente em ataque os fundamentos da recente democracia brasileira.

Mesmo porque, como Oscar Vilhena Vieira destaca, a integridade da democracia resta submetida ao funcionamento do sistema de freios e contrapesos e da própria disposição das lideranças de atuar em defesa das regras do jogo democrático¹⁷⁴. E, lembre-se, essas autoridades devem realizar o controle dentro das balizas no texto constitucional, sob pena de incorrerem em incongruências.

Nesse cenário, assevere-se que:

A ascensão de líderes populistas iliberais ao redor do mundo tem imposto um enorme teste de resistência para as instituições liberais. Em muitos países, como Venezuela, Hungria, Polônia, essas instituições cederam ao autoritarismo. Em outros, como o Brasil, embora claro o processo de regressão, os mecanismos de controle ainda demonstram vitalidade.¹⁷⁵

No Brasil, embora possam ser registrados e, até mesmo, destacados alguns atos antidemocráticos – com características de constitucionalismo abusivo –, esses atos, até o presente momento, estão sendo controlados pelos mecanismos institucionais. Contudo, lembre-se que o sinal de alerta já foi acionado.

2.5. Atos Antidemocráticos e a Liberdade de Expressão.

Os atos antidemocráticos apresentam como uma de suas características, nos termos acima elucidados (2), o ataque generalizado aos princípios fundantes do Estado Democrático,

¹⁷³ ASSIS, op. cit.

¹⁷⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 68.

¹⁷⁵ FGV. *Oscar Vilhena Vieira analisa o impacto do avanço das “Illiberal Democracies” nas instituições*. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/oscar-vilhena-vieira-analisa-impacto-avanco-illiberal-democracies-instituicoes>. Acesso em: 2 abr. 2022.

com notoriedade para os direitos fundamentais; sendo que, antagonicamente, amparam-se para defender sua atuação nesses mesmos direitos, assumindo como fundamento principal a liberdade de expressão.

Uma evidente contradição¹⁷⁶:

de um lado, proliferam-se manifestações que clamam o fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a intervenção militar no Brasil estando fundamentadas, em tese, no direito à liberdade de expressão (art. 5º, IV da CRFB/88). De outro, tais manifestações podem oferecer, em si, um risco à democracia e às instituições, e talvez necessitem ser prontamente combatidas para preservação das liberdades.

Discurso problemático no Estado Democrático de Direito e, por consequência, na própria preservação da liberdade de expressão, tão defendida por estes manifestantes para realizar seus atos. E que, curiosamente, atacam igual fundamento para os que vão de encontro às suas ideias, em especial, categorias profissionais (como, jornalista, acadêmicos), minorias sociais, etc.

É uma estranha realidade, mas perceptível e reiterada nos últimos anos. Por exemplo, nos atos extremistas que, com máscaras e tochas, manifestaram-se na frente do STF, intitulavam-se “300”, defendendo o fechamento de instituições democráticas, em especial contra a Corte, associado pela mídia associado “a posturas semelhantes ao grupo supremacista americano Klu Klus Klan”¹⁷⁷. Ou, ainda:

organização de atos antidemocráticos que pediam intervenção militar e o fechamento do STF e do Congresso Nacional. É contra esse tipo de crime, que vem sendo tratado como liberdade de expressão ou direito de opinião, que devemos nos opor e pedir rigor nas investigações¹⁷⁸

Bem como as declarações do Deputado Federal Daniel Silveira ao se dirigir à honorabilidade dos membros da Suprema Corte e com o objetivo de “impedir o exercício da judicatura, notadamente a independência do Poder Judiciário e a manutenção do Estado

¹⁷⁶ LEITE, Flávia Piva Almeida. LOPES, Cintia Barudi. SANTOS, Thiago Luiz dos. Liberdade de Expressão e a Investigação das Manifestações Antidemocráticas no Inquérito Nº 4828: A Liberdade, Para Ser Livre, Precisa Se Autor restringir?. *Revista Direitos Culturais*, v. 16, n. 38, p. 123, 16 maio 2021. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/203>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁷⁷ UOL. *Bolsonaristas Copiam Ku Klux Klan em Ato Contra Stf. Congresso em Foco*. 31 de maio de 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/bolsonaristas-copiam-kluklux-klan-em-ato-contra-stf-veja-o-video/>. Acesso: 2 abr. 2022.

¹⁷⁸ MOTTA, Athayde. *Democracia é um jogo, mas não uma brincadeira*. Disponível em: <https://ibase.br/2021/02/27/democracia-e-um-jogo-mas-nao-uma-brincadeira/opinio/>. Acesso: 2 abr. 2022.

Democrático de Direito”. Tais declarações, objetos do AP nº 1.044¹⁷⁹, configuraram condenação desse deputado pela prática de crimes por tais declarações, que pleiteavam o retorno do Ato Institucional nº 5 – período da ditadura militar – com a cassação de ministros do STF, incitação da população a invadir o Supremo e ameaça a ministros enquanto investigados¹⁸⁰.

Gera alarde, também, posicionamento agressivo diante de jornalistas tido como liberdade de expressão. Como exemplo, a escalada dos ataques aos “jornalistas de plantão na saída do Palácio da Alvorada, separados apenas com uma grade, e insultados de forma cada vez mais agressiva os profissionais que estão trabalhando sem que haja providências por parte das autoridades para protegê-los”¹⁸¹.

Outrossim, de modo geral, pesquisas indicam o avanço de manifestações neonazistas¹⁸² no Brasil no percentual de 270, entre janeiro de 2019 a maio de 2021. Mapeamento identifica 530 núcleos neonazistas, em um total de aproximadamente dez mil pessoas:

sendo a mais popularmente conhecida os skinheads. Esses grupos de jovens passaram a adotar uma estética neonazista e trabalhar a ideia de que seria possível fazer uma adaptação do que seria o movimento no Brasil, influenciados pela ideia do white power, baseada na supremacia branca, na criação de um espaço vital para a sobrevivência desse “povo” e na crença em uma conspiração judaica.¹⁸³

Toda essa conjuntura que o Brasil passa contribui para a ruptura de valores básicos do Estado Democrático de Direito, em um teste que vai além do “esticar das cordas”. Tão grande é o tensionamento, que gera preocupação de até quando as “cordas” irão aguentar, com medo quanto à perspectiva de romper-se por completo¹⁸⁴.

Por certeza, a liberdade de expressão e o pluralismo de ideias são valores estruturantes da Democracia, tendo por objetivo não somente “a proteção de pensamentos e ideias, mas

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ap. nº 1.044*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6207102>>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

¹⁸⁰ RODAS, Sérgio. *STF condena Daniel Silveira a 8 anos e 9 meses de prisão e perda do mandato*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-abr-20/stf-condena-silveira-anos-meses-prisao-perda-mandato> >. Acesso em: 20 de abril de 2022.

¹⁸¹ INTERVOZES. *Nota conjunta: Liberdade de Expressão e de Imprensa enfrentam a maior ameaça do período democrático no Brasil*. Disponível em: <https://intervozes.org.br/nota-conjunta-liberdade-de-expressao-e-de-imprensa-enfrentam-a-maior-ameaca-do-periodo-democratico-no-brasil/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁸² Esclareça-se: “O neonazismo é um movimento de resgate e retomada da ideologia nazista de Adolf Hitler, baseada na discriminação contra minorias e preceitos racialistas de superioridade branca. A produção, venda e veiculação de material contendo símbolos nazistas, assim como a disseminação de discursos que fazem apologia à ideologia, são crimes enquadrados na lei federal do antirracismo.”. ORTEGA, Carlos; ALMEIDA, Enaile. *Programa Conexões aborda crescimento do movimento neonazista no Brasil*. Disponível em: < <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/programa-conexoes-aborda-crescimento-do-movimento-neonazista-no-brasil>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ MOTTA, op. cit.

também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva”¹⁸⁵.

Importante para o regime democrático, a CRFB/88 protege expressamente no artigo 5º, incisos IV, IX e no artigo 220 a garantia à liberdade da expressão e informação; e no inciso XI resguarda o respeito à intimidade da vida privada, da honra e da imagem pessoal¹⁸⁶. E, conforme assevera André de Carvalho Ramos,¹⁸⁷ “a repetição da vedação da censura (art. 5º, IX e art. 220, § 2º) não deixa dúvida sobre a orientação constitucional a favor da liberdade de manifestação, contrária a qualquer forma de censura”.

Normas que refletem a proteção conferida internacionalmente por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, nos artigos XII e XIX, preveem proteção aos direitos à intimidade e à liberdade de expressão, respectivamente.¹⁸⁸

Divergências, oposições e debates sempre fizeram e devem fazer parte do “jogo democrático” e da defesa dos diversos interesses que compõem uma sociedade plural. Contudo, os atos antidemocráticos referidos esquecem que, fora o direito à liberdade de expressão, o cumprimento do texto constitucional é pressuposto, um dever que não pode ser esquecido por todos a ela submetidos¹⁸⁹. Direitos têm como contramão deveres.

Nesse caminhar, já é possível asseverar e compreender o porquê é sempre complexo o debate sobre liberdade de expressão, quando esta é utilizada para se contrapor aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, bem como com o do próprio princípio da liberdade de expressão.

Nas discussões sobre *fake news*¹⁹⁰, “não raro surge o argumento de que a intervenção do Estado no combate à sua proliferação seria uma censura, uma violação à liberdade de

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁸⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸⁷ RAMOS, André de Carvalho. Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes?. In: RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *Temas de direito eleitoral no século XXI*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012, p. 18.

¹⁸⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸⁹ MOTTA, op. cit.

¹⁹⁰ “Em linhas gerais, a definição de *fake news* deve focar notícias que, com diferentes graus de manipulação, são disfarçadas de modo a parecer um produto legítimo da imprensa. Efetivamente, o termo *fake news* deve corresponder ao falseamento dos fatos, não a declarações de opinião, sendo que essas falsidades devem apresentar um grau de credibilidade, de significado e de importância. Por fim, *fake news* compreendem falsidades deliberadas, mas não erros acidentais ou enganos acidentais.” HORBACH, Carlos Bastide. Liberdade de expressão nas redes sociais: o caso das fake news nas eleições presidenciais brasileiras de 2018. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (Coord.). *Tomo 1 - Democracia, Justiça e Cidadania: Desafios e Perspectivas – Homenagem Ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4040/4202/26659>. Acesso em: 2 abr. 2022.

expressão”. Lembre-se o evento da eleição estadunidenses de 2016, que restou conhecido pelo uso de conteúdo falso sobre candidatos, que foi extensivamente divulgado.

Surgem inegáveis perguntas, como “caracteriza censura a restrição aos atos antidemocráticos?”. E, nesse ponto, há a indagação de André de Carvalho Ramos, que pautando-se na assertiva de que este debate não tem resposta fácil, questiona “qual é o tratamento a ser dado, pelo Estado de Direito, aos que justamente almejam destruir liberdades fundamentais? Tolerar os intolerantes ou reprimi-los?”¹⁹¹.

Ou, ainda, “quais, então, seriam os limites da liberdade de expressão, em especial no que concerne à liberdade democrática? Como contrapor o argumento da liberdade de expressão ante ameaças à estabilidade da democracia ou à sua própria existência?”¹⁹²

Diversas são as respostas dadas pelos Estados Modernos. Ilustrativamente, conforme colaciona Daniel Sarmiento¹⁹³, na visão ultralibertária norte-americana¹⁹⁴, defende-se a expansão da liberdade de expressão ao custo do enfraquecimento dos diversos outros direitos a ela contrapostos; de encontro a isso, em países com democracia consolidadas na Europa, “aceita-se a possibilidade de derrogação da liberdade de expressão política em nome da prevalência do Estado Democrático de Direito, que deve possuir mecanismos que assegurem sua existência em casos de perigos extremos”¹⁹⁵. Nada obstante, mesmo nos países em que a ordem democrática tem meios constitucionalmente estabelecidos de defesa contra ações antidemocráticas, sua efetividade é muito problemática¹⁹⁶.

No Brasil, por certo, o debate também não é simples e se aproxima do modelo europeu ao conceber que não há liberdade de expressão absoluta. Sintética e didaticamente, pode-se

¹⁹¹ RAMOS, op. cit.

¹⁹² ANDRADE, op. cit., p. 48.

¹⁹³ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁹⁴ “sendo o melhor exemplo os Estados Unidos da América, tratar de liberdade de expressão é versar sobre um direito quase sacralizado. Contingências contidas na própria historicidade do instituto naquele país formou um modo próprio de enxergar a liberdade de expressão como um dogma que é também pilar da estrutura do que os norte-americanos concebem como democracia”. ANDRADE, op. cit., p. 35.

¹⁹⁵ RAMOS, op. cit.

¹⁹⁶ “constitucionalismo europeu e, posteriormente, o direito comunitário estabelecem limites claros à liberdade de expressão, buscando a proteção de outros bens juridicamente relevantes. Desse modo, uma declaração constitucionalmente legítima nos Estados Unidos pode gerar, por exemplo, uma condenação criminal na Alemanha. A Convenção Europeia de Direitos do Homem expressa essa compreensão, como se pode depreender da redação de seu art. 10 (...) Esses deveres de responsabilidade referidos no art. 10(2) da Convenção permitem, no contexto europeu, uma maior interferência do Estado no discurso público, limitando a liberdade de expressão em nome dos valores constitucionalmente relevantes questão mencionados no dispositivo (...) no contexto europeu, são inúmeras as decisões judiciais que limitam a manifestação nas redes sociais, com reflexos nos processos eleitorais, seja para coibir notícias falsas, seja para limitar o impacto de informações potencialmente lesivas, como ocorre no caso do direito ao esquecimento, consagrado, entre outras decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja Gonzalez”. HORBACH. op. cit.

referir à adoção contemporânea de um modelo de “liberdade de expressão responsável”, princípio que conta com limites “explícitos (por exemplo, a vedação ao anonimato, direito de resposta, indenização proporcional ao dano) e implícitos (ponderação¹⁹⁷ com os demais direitos, que, no caso da divulgação de ideias racistas, vulnera o direito à igualdade)”¹⁹⁸¹⁹⁹.

Paradigmático sobre o tema foi o “Caso Ellwanger”²⁰⁰: obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscavam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime

¹⁹⁷ Virgílio Afonso da Silva aduz que: “A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, que são aplicados em uma ordem prédefinida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n 798, 2002, p. 30.

¹⁹⁸ RAMOS, op. cit.

¹⁹⁹ Interessante, nesse caminhar, o estudo elaborado por Ana Carla Harmatiuk Matos e Hermano Victor Faustino Câmara que define critérios para análise da questão no cenário das redes sociais, dado maior concretude na ponderação do princípio da liberdade de expressão no mundo digital, considerando os crescentes conflitos nesse espaço.

São

eles:

“O primeiro deles é o critério da vedação do anonimato, que decorre da Constituição e da interpretação mais atualizada da liberdade de expressão. Em decorrência dessa regra, não se pode buscar proteger o discurso não identificado, pois a identificação da autoria é necessária para coibir os abusos e os excessos. Sendo as redes sociais um ambiente facilitador da divulgação de conteúdo apócrifo, esse critério ganha relevo na discussão aqui travada, sendo, portanto, o primeiro elemento a ser avaliado na análise.

Também a limitação circunstancial dos direitos da personalidade há de ser observada. Decorrente do atributo irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, esse critério orienta que nenhuma postagem ou publicação pode se valer da liberdade de expressão para promover limitação irrestrita ou permanente a direitos de personalidade alheios.

(...)

O critério ético também deve ser observado, pois a discussão aqui travada não visa à proteção de exclusivos de imagem, num paradigma individualista e meramente patrimonial. Os direitos aqui tratados têm relação com a personalidade ôntica dos titulares, e a análise de eventuais violações a esses direitos não visa a proteger necessariamente o patrimônio, mas sim a dignidade das pessoas.

Também a análise da finalidade das postagens e publicações entra nesse espectro da discussão, pois que conteúdos informativos e educacionais, não voltados ao constrangimento ou à difamação, devem ser tolerados no ambiente virtual, ainda que digam respeito a elementos da personalidade de terceiros.

É dizer: a crítica e a opinião não representam, por si só, violações a direitos da personalidade. Para afastar a liberdade de expressão, o discurso contido em postagem de redes sociais necessita conter um atributo a mais, tem de violar de algum modo a integridade e a respeitabilidade do terceiro titular de direitos da personalidade.

Por fim, reforça-se que não há solução geral e abstrata para o conflito aqui estudado. A hermenêutica entre os valores aqui contrapostos deve partir da análise de casos concretos, pois que só diante de uma efetiva publicação será possível avaliar se houve abuso na liberdade de expressão, representando violação a direitos da personalidade.” MATOS, Ana Carla Harmatiuk; CÂMARA, Hermano Victor Faustino. Direitos da personalidade e liberdade de expressão nas redes sociais: atualizando critérios de ponderação. op. cit. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fábíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *Liberdade de Expressão e Relações Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 42. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4191/4381/30246>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁰⁰ A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e

nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto. O debate encontrava a problemática no alcance diante de publicações de obras antisemitas do princípio da liberdade de expressão.

Entendeu a Corte que não há garantias constitucionais absolutas, devendo ser exercidas com temperança e harmonia, dentro dos limites explícitos e implícitos (frutos da proporcionalidade e ponderação com outros direitos) previstos na Constituição e nos tratados de direitos humanos. A liberdade de expressão não pode ser invocada para abrigar “manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”, prevalecendo o direito à igualdade, bem como à dignidade humana, em face de ideias antisemitas²⁰¹.

A liberdade de expressão, não sendo direito absoluto, não pode ser utilizada para mascarar abusos, excessos e violações a outros direitos fundamentais. Essa concepção elucidada por Gilmar Mendes²⁰² parece explícita no texto constitucional: “Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito absoluto e insuscetível de restrição”.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet²⁰³:

a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar dialético e dinâmico, de modo que, embora mais democracia possa muitas vezes significar mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão indica mais democracia), também é correto que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e esta para a liberdade de expressão

geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.424*. Relator: Ministro. Moreira Alves. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁰¹ RAMOS, op. cit.

²⁰² MENDES, Gilmar. *Liberdade de expressão e Direitos de Personalidades*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao-direitos-personalidade>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 [e-book].

É possível perceber, *a priori*, que o inquérito nº 4781²⁰⁴, que apura muitos dos atos antidemocráticos acima referidos, parece manter o entendimento que já vinha sendo realizado pela Corte e acima construído. Consignou o Ministro relator Alexandre de Moraes²⁰⁵, em decisão, que o texto constitucional não protege ideias arbitrárias/tirânicas em face do Estado Democrático Direito sob o amparo da liberdade de expressão:

a Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, art. 60, §4º), com a consequente, instalação do arbítrio

De tal maneira, essas manifestações atentam contra o núcleo intangível da Constituição – chamado de cláusulas pétreas –, que existe para preservar a essência das constituições, não podendo, nesse sentido, ser substancialmente alterado/violado por essas manifestações.

Para o Ministro²⁰⁶, são condenáveis tanto os atos de cerceamento ao pensamento crítico, como aqueles que busquem aniquilar esse pensamento e, por consequência, as Instituições republicanas:

tanto são inconstitucionais as condutas e manifestações que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; quanto aquelas que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas; pregando a violência, o arbítrio, o desrespeito à Separação de Poderes e aos direitos fundamentais, em suma, pleiteando a tirania, o arbítrio, a violência e a quebra dos princípios republicanos

Esse inquérito engloba o Deputado Daniel Silveira – que o compõe por ao ofender e caluniar Ministros do STF, realizando ameaças “inclusive de espancamento, defendeu o fechamento da Corte Suprema do país e insuflou “seguidores” –, que teve sua prisão decretada e mantida pelo Plenário, por unanimidade, “o que foi corroborado por seus pares em sessão ocorrida na Câmara no dia 19 de fevereiro, com 364 votos a favor da manutenção da prisão, 130 contrários e 3 abstenções, 33 o que esvaziou as críticas à decisão do STF”²⁰⁷.

Nesse caminhar, quanto ao Deputado Daniel Silveira, em 20 de abril de 2022, na AP nº 1.044²⁰⁸, do Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevaleceu o voto do relator Alexandre de Moraes, condenando o deputado à pena de reclusão, multa, perda do mandato de deputado

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.781*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ4781FLAGRANTEDELITODECISAO.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ ANDRADE. op. cit., p. 42.

²⁰⁸ BRASIL, op. cit., nota 179.

federal e a suspensão de seus direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação, restando incurso nos crimes de coação no curso do processo e tentativa de impedir o livre exercício dos poderes da União, tema que será melhor desenvolvido no próximo capítulo.

Nessa ocasião, o Ministro relator consignou: "A liberdade de expressão existe para a manifestação de opiniões contrárias, jocosas, satíricas ou errôneas, mas não para opiniões criminosas, para discurso de ódio, para atentados contra o Estado democrático de Direito e a democracia"²⁰⁹.

Ressalve-se, conquanto não seja o norte do trabalho, que, sobre sua imunidade parlamentar, o STF não inovou. Este Tribunal entende que a imunidade tem limites, "a liberdade de expressão política dos parlamentares, ainda que vigorosa, deve se manter nos limites da civilidade. Ninguém pode se escudar na inviolabilidade parlamentar para, sem vinculação com a função, agredir a dignidade alheia ou difundir discursos de ódio, violência e discriminação"²¹⁰.

Conforme leciona Lenio Luiz Streck²¹¹:

a finalidade da imunidade é proteger a democracia e não a de servir de escudo para destruí-la. Simples assim. E esse é mais um episódio, entre os tantos vários dos últimos tempos, de algo legítimo sendo usado para defender o seu contrário. Aqui, é a imunidade contrariando sua própria razão de existência

De tal modo, o texto constitucional ampara restrição à liberdade de expressão em casos de manifestações antidemocráticas. Não sendo a hipótese de censura, impõe-se a repressão; isso quando a sua utilização busca afligir fundamentos do Estado Democrático de Direito, com a supressão de valores constitucionalmente consagrados.

Lembre-se que a decisão que limitar esses atos deve ocorrer dentro dos "moldes de uma fundamentação precisa, clara e isenta de vagueza e abstração quanto à prevalência da ordem democrática sobre o direito à livre expressão"²¹².

a liberdade, para ser livre, precisa se autorrestringir mediante o combate intrépido à libertinagem de expressão e seus desdobramentos antidemocráticos: discursos de ódio, ataques à Democracia, ofensas às instituições democráticas e à CRFB/88, dentre outros. Contudo, a própria autorrestricção institucional da liberdade tem que ser vigiada, incessantemente, pela sociedade para que, com ponderação e sapiência, as instituições sejam independentes e harmônicas entre si e se evite balançar num pêndulo antidemocrático, ao se substituir, temerariamente, a autocracia e populismo dos atuais ocupantes do Executivo por outros riscos que poderão provir do Judiciário²¹³

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet. nº 7.174*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753943105>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Deus morreu e agora tudo pode? Reflexões sobre a prisão do deputado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/streck-deus-morreu-agora-tudo-prisao-deputado>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²¹² ANDRADE. op. cit., p. 52.

²¹³ LEITE, op. cit.

Conclui-se: no Brasil, atos antidemocráticos praticados exigem uma correta resposta estatal, no sentido de impedir que retrocessos ocorram e se consiga, enfim, abalar os pilares das Instituições.

O sinal foi acionado e requer que os Poderes estruturantes do Estado adotem medidas de freio. Até o presente momento, as instituições responderam de forma efetiva na coibição de tais eventos que desafiam a legitimidade da ordem vigente. Notoriamente, o Poder Judiciário torna-se um atuante fundamental, seja pelo papel que assumiu no século XXI – conforme destacado no Capítulo 1 desta monografia –, seja pelo direcionamento dos atos antidemocráticos à sua atuação, conforme já adiantado e como será desenvolvido no capítulo a seguir.

3. O PAPEL DA CORTE NA DEFESA DA ORDEM CONSTITUCIONAL EM FACE DOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS

Os movimentos antidemocráticos – marcados por posturas autoritárias e contraditórias, com o modelo de Estado Democrático de Direito, praticadas por agentes públicos e por particulares, referidos no capítulo anterior – exteriorizam ataques ao princípio da separação dos Poderes, às instituições e, especialmente, ao Poder Judiciário. Tal realidade coloca em prova os mecanismos constitucionais e requer atuação cautelosa e prudente desse Poder.

3.1. Ataques ao Poder Judiciário

O século XX, embora definido por guerras e genocídios, também representou historicamente o apogeu da expansão democrática e a consagração dos direitos fundamentais. Esse turbilhão de fatos desencadeou e tornou realista a experiência humana face às atrocidades que podem ser cometidas, permitindo que o século XXI fosse marcado por promessas de ideais mais concretos. Das lições prometidas, pode-se destacar a demonstração do papel crucial das instituições no desempenho político e econômico dos países, verdadeiras, “regras do jogo” e dos mecanismos necessários ao seu cumprimento²¹⁴.

Concebe-se que as Instituições definem e limitam uma ordem estável, promovendo quais os “incentivos decorrentes do arranjo institucional vigente são determinantes na definição de quais habilidades e conhecimentos serão mais valiosos e quais comportamentos recompensam melhor os indivíduos e as empresas.” E, quando estas Instituições formais não funcionam plena e adequadamente, resta aberto o caminho para práticas informais e até *contra legem*²¹⁵.

O século XXI inicia-se marcado por essa promessa de redenção democrática e de valorização das Instituições, com papéis de predominância conferidos ao Poder Judiciário, quais sejam: o contramajoritário e o representativo.

No entanto, nos termos do que foi desenvolvido no capítulo anterior, diversos são os autores e pesquisas que reportam retrocessos democráticos significativos nos últimos anos, com características próprias.

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. In: _____. *Revolução Tecnológica, Crise da Democracia e Constituição: Direito e Políticas Públicas Num Mundo em Transformação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4218/4402/30666>. Acesso em: 10 mar. 2022.

²¹⁵ Ibid.

Rejeição às regras do jogo democrático, negação da legitimidade dos oponentes, tolerância e encorajamento a atos de violência e restrição às liberdades civis são exemplos de manifestações antidemocráticas. Ações paulatinas, que mesmo sem a instituição de um golpe formal, deterioram características nucleares da democracia²¹⁶.

Essas ações não alteraram – no entanto – a percepção clássica autocrática de que “um Poder Judiciário domesticado presta serviços indispensáveis ao autoritarismo. Juízes dóceis ajudam a coordenar ações e emprestam uma estampa de legalidade à violência. São parceiros no projeto de ataque às liberdades”²¹⁷.

Barroso elucida como, de forma gradual, governos antidemocráticos atuais vão se instalando e suprimindo direitos, esvaziando o poder do Judiciário. A erosão à democracia não ocorre com um golpe de Estado (seja na Hungria, Polônia, Turquia, Rússia, Geórgia, Ucrânia, Filipinas, Venezuela, Nicarágua)²¹⁸.

Esse processo de “subversão democrática” se dá por Presidentes/Primeiros-ministros eleitos pelo voto popular, mas que paulatinamente adotam medidas autoritárias; ações como o esvaziamento do poder do Judiciário²¹⁹:

concentração de poderes no Executivo, perseguição a líderes de oposição, mudanças nas regras eleitorais, cerceamento da liberdade de expressão, novas constituições ou emendas constitucionais com abuso de poder pelas maiorias, esvaziamento ou empacotamento das cortes supremas com juízes submissos, entre outras

Nesse sentido, também, os autores Levitsky e Ziblatt²²⁰, para quem – ainda reportando – se à analogia da partida de futebol, para explicar a atuação dos autocratas – “é sempre bom ter os árbitros do seu lado”, o que faz parte da “tática” destes.

De notar-se que, no Estado moderno, os árbitros seriam as “várias agências com autoridade para investigar e punir delitos tanto de funcionários ou mandatários públicos, quanto de cidadãos comuns”; dentre elas, figura o Poder Judiciário²²¹.

Para tanto, a “captura do árbitro” ocorre de diferentes formas, por meio de suborno, troca de cargos, infiltração de apoiadores, nomeação de aliados para cargos de chefia, alteração da composição dos órgãos colegiados, perseguição e demissão de opositores e, em casos mais extremos, na dissolução da Instituição.

²¹⁶ LEVITSKY, op. cit.

²¹⁷ SINGER, André, Gustavo; VENTURI, Angela Alonso. *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Cia das Letras, 2019 [e-book].

²¹⁸ BARROSO, op. cit., 2021.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ LEVITSKY, op. cit.

²²¹ Ibid.

Dessa forma, por meio do controle dos guardiões da Constituição, almejam a legitimação para a prática de abusos ao regime democrático, sem que ocorram restrições ou punições.

3.1.1. Poder Judiciário: Independência, imparcialidade e a responsabilidade social do Magistrado

Neste ponto, possível perceber – e cumpre advertir – a importância para o regime democrático de um Poder Judiciário independente e imparcial para assegurar sua capacidade de punir abusos governamentais denunciados a ele.

Isso quando “se controladas por sectários, essas instituições podem servir aos objetivos do aspirante a ditador, protegendo o governo de investigações e processos criminais que possam levar ao seu afastamento do poder”²²².

A independência da magistratura é, portanto, uma garantia institucional do regime democrático. Garantia esta empregue neste trabalho tal como originariamente “foi elaborado pela doutrina publicista alemã à época da República de Weimar, para designar as formas de organização dos Poderes Públicos, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais, declarados na Constituição”²²³.

Não se trata de um privilégio, mas de uma necessidade no modelo do Estado Democrático de Direito para “harmonização pacífica e justa dos conflitos de direito” e, sem esta, esse Poder resta reduzido “a uma farsa, uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e das injustiças”²²⁴.

Lembre-se, a independência conta com limites, não devendo ser interpretada na acepção de que o juiz não responde por seus atos. Pelo contrário, “haja vista que a atividade jurisdicional encontra fundamento na legalidade, qualquer comportamento do juiz, contrário às diretrizes legais, importará em responsabilidade”²²⁵.

No entanto, atente-se, tal responsabilidade do magistrado é social; “em consequência de sua função estratégica, o juiz não pode ser inibido no exercício de seu *munus* com a ameaça de

²²² Ibid.

²²³ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 152, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10004>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 45.

²²⁵ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Garantias da magistratura e independência do Judiciário. *THEMIS: Revista da Esmec*, v. 3, n. 1, p. 282, 2016. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/321>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

responder por perdas e danos. Se assim fosse, as sentenças nunca apresentariam uma parte vencida”²²⁶.

Por isso, o magistrado deve atuar sempre de forma a não agredir frontal e deliberadamente a lei, “causando prejuízos às partes ou à administração, para o que se deverá adotar as medidas judiciais ou administrativas competentes, o juiz só responde à sociedade”²²⁷.

Mesmo porque, “não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria Constituição Federal, que é o fundamento não só da ordem jurídica, como, até mesmo, de suas investiduras”.²²⁸

No que se refere ao juiz imparcial, significa que a ele incumbe “colocar-se em posição equidistante entre as partes na relação processual”²²⁹. A essência da atividade jurisdicional no Estado contemporâneo encontra-se também aparada nessa garantia, dado que é pressuposto indispensável para alcançar o adequado e necessário clima de pacificação social a confiança de que o processo será conduzido por um julgador que se situe como terceiro ao valorar interesses alheios²³⁰.

Tanto a independência quanto a imparcialidade são conceitos conexos, mas que apresentam significados distintos. A imparcialidade “é um modelo de conduta relacionado ao momento processual, significando que o juiz deve manter uma postura de terceiro em relação às partes e seus interesses, devendo ser apreciada em cada processo”, enquanto a independência “é uma nota configuradora do estatuto dos membros do Poder Judiciário, referente ao exercício da jurisdição em geral, significando ausência de subordinação a outros órgãos”²³¹.

De se lembrar, ainda, que imparcialidade distancia-se de neutralidade – sendo que nessa confusão residem grande parte das críticas contemporâneas ao Judiciário. Esclareça-se, logo, que não existe, no Estado Democrático de Direito, a obrigação para que o juiz seja neutro político-ideologicamente, mas apenas que seja imparcial.

Neutralidade pretende que a figura do juiz, “como pessoa possa ser ‘neutro’, por dotes pessoais que o situam acima dos conflitos humanos, associa-se à sua imagem pública um componente sobre-humano ou divino, que obviamente não é mais do que produto de

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional no Ministério Público. *Juris Síntese*, Rio de Janeiro, n. 208, p. 13, 1995.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

²³¹ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 30.

manipulação, mas que chega à imaginação coletiva”²³². O que lhe é proibido pelo texto constitucional é a atividade político-partidária (art. 95, parágrafo único, III, da CRFB/88²³³), bem como na atual Lei Orgânica da Magistratura Nacional, os pronunciamentos públicos, feitos por esses agentes estatais fora dos processos judiciais, sobre políticas de governo, ressalvando-se a crítica impessoal expressa em obras doutrinária e no exercício do magistério (art. 36, III, LOMN – LC nº 35/79).

Resta essa “mitologização da figura do juiz, elaborada através de séculos e que sobrevive enfaticamente nessa imagem”, apenas apta a colaborar com uma percepção inadequada do papel do juiz e que leva a muitas críticas infundadas²³⁴.

3.1.2. Atos Antidemocráticos, o Judiciário e a vulnerabilidade democrática do cenário brasileiro

As formas de manifestação desses ataques ao Judiciário são históricas em governos autocráticos, sendo diversas as suas manifestações, inclusive no histórico brasileiro:

Getúlio Vargas e a ditadura militar brasileira abusaram do expediente; Cház e Maduro construíram por aí um Judiciário à sua imagem e semelhança; a Hungria, do presidente Orbán, eviscerou em poucos anos uma das cortes constitucionais mais inspiradoras das democracias pós-comunistas; (...) o governo do partido da Legalidade e Justiça, na Polônia, também diminuiu a idade de aposentadoria para limpar a Suprema Corte dos comunistas. Multidões foram às ruas, a presidente da corte recusou-se a se aposentar, e até Lech Walesea incitou a desobediência civil ²³⁵

Atualmente, no Brasil, no entanto, após mais de 30 anos do texto constitucional de 88, evolui-se. As instituições estabelecidas pelo poder constituinte originário de 88 demonstraram-se aptas a controlar os embates que surgiram até o presente momento.

A preocupação recente que se apresenta, reitere-se, ocorre dadas as particularidades do constitucionalismo abusivo e, por isso, teme-se a construção gradual de uma “democracia iliberal”, dado que “cada tijolo, individualmente, é colocado sem violação direta ao direito vigente. O conjunto final, porém, resulta em supressão de liberdades e de eleições verdadeiramente livres e competitivas”²³⁶.

²³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos. Tradução Juarez Tavares. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1995, p. 160.

²³³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²³⁴ ZAFFARONI, p. 161.

²³⁵ SINGER, op. cit.

²³⁶ BARROSO, op. cit., 2021.

Tal como adverte Norberto Bobbio, “a vulnerabilidade da democracia dependeria da fragmentação do poder que permite que pequenos grupos organizados desfirmem golpes mortais na sociedade, obrigada, para se defender, a negar a si mesma”²³⁷. E tal fato agrava-se na sociedade brasileira dada a construção recente dos valores republicanos, que ainda não estão arraigados na percepção comum, o que leva à desmoralização das instituições, inclusive a Judiciária.

O patrimonialismo, apesar do decréscimo recente, ainda permanece e se vê presente no dia a dia da sociedade brasileira. Nas palavras de Raymundo Faoro, “a supremacia tuteladora do poder público, agora seccionado nos principados e ducados estaduais, continuou a operar, num molde próximo ao regime colonial, no qual o particular exercia, por investidura ou reconhecimento oficial, funções públicas”²³⁸.

A ausência dos valores republicanos e democráticos leva, por conseguinte, à desmoralização das Instituições Judiciárias, sendo esse cenário, especialmente, problemático quando o Poder Judiciário é colocado em duas grandes posições contrapostas nos atos antidemocráticos.

3.1.3. Atos antidemocráticos e o protagonismo do STF

Nos inquéritos instaurados no STF sobre os atos antidemocráticos, com destaque para os que seguem abaixo, é possível perceber essas posições antagônicas com facilidade:

- o Inquérito nº 4.828/DF²³⁹: para a apuração de fatos ocorridos no dia 19 de abril de 2020 e seus antecedentes”, em virtude da ocorrência de “aglomerações de indivíduos diante de quartéis do Exército brasileiro das quais foram noticiadas pretensões de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais” (arquivado)
- de forma semelhante, o Inquérito nº 4.781/DF²⁴⁰, com a finalidade de analisar os atos que atentaram contra a Democracia e o Estado de Direito.

O STF foi o responsável por instaurar esse inquérito, de tal modo que, em uma única instituição, restaram reunidos no caso tanto a abertura da investigação, quanto o julgamento

²³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 383.

²³⁸ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001, p. 749.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.828*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>. Acesso em: 2 abr. 2022

²⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 204.

desta²⁴¹. Com isso, a abertura trouxe novamente o debate sobre a concentração de poderes no Judiciário, figurando como epicentro jurídico-político.

O protagonismo que lhe foi atribuído no século XXI parece caminhar para o seu auge no contexto dos atos antidemocráticos, quando o Judiciário se coloca na posição tanto de alvo de manifestações antidemocráticas, como também na qualidade de instituição responsável por resolver o conflito e, inclusive, pela instauração de um dos inquéritos.

No que se refere à instauração do inquérito nº 4781²⁴², ele foi iniciado no dia 14/03/2019 pelo então Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, por intermédio da Portaria GP nº 69/2019²⁴³, tendo sido instaurado para apurar *fakes news*, ofensas e ameaças contra os Ministros da Corte. Tal abertura foi referendada pelo Plenário do STF, na ADPF nº 572²⁴⁴.

Essa ação constitucional foi ajuizada pelo partido político Rede Sustentabilidade contra a Portaria GP nº 69/2019²⁴⁵, sob o argumento de que não compete ao Poder Judiciário conduzir investigações criminais, salvo exceções, e aponta também a necessidade de representação do ofendido para a investigação dos crimes contra a honra e a falta de justa causa para a instauração de inquéritos por fatos indefinidos.

No entendimento do STF, resta constitucional a Portaria GP nº 69/2019²⁴⁶, que instaurou o inquérito, e a constitucionalidade do art. 43 do Regimento Interno do STF – RISTF²⁴⁷, que lhe serviu de fundamento legal. Regimento este recebido pela Constituição dada a sua compatibilidade, em análise anterior da Corte²⁴⁸.

²⁴¹ “O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno,

CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I);

CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares,

RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão,

Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução”. Ibid.

²⁴² Ibid.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Portaria GP nº 69*. Gabinete da Presidência, de 14 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. >. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 572*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>>. Acesso em: 2 abr. 2022

²⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 243.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno, atualizado até a Emenda Regimental nº. 57/2020*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/REGIMENTOINTERNO-C-1980.PDF>> Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA nº 10-AgR*. Relator: Ministro. Maurício Corrêa. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2180298>. >. Acesso em: 2 abr. 2022.

Condicionantes, no entanto, foram feitas²⁴⁹:

1. Para esse Tribunal, o procedimento instaurado deve ser acompanhado pelo Ministério Público, bem como observar o Enunciado de da Súmula Vinculante nº14²⁵⁰ (segundo o qual deve o defensor, no interesse do representado, ter acesso aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório, relacionados ao exercício do direito defesa).
2. O objeto do inquérito se limita a investigar manifestações que acarretem risco efetivo à independência do Poder Judiciário, sob o amparo do art. 2º da CRFB/88²⁵¹, o que se dá por meio de ameaças aos membros do STF e a seus familiares ou por atos que atentem contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia.
3. Por fim, a investigação deve respeitar a proteção da liberdade de expressão e de imprensa, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.

Quanto à alegação de ilegalidade do inquérito, tendo em vista a forma de sua instauração atípica pela Corte e, por conseguinte, suposta violação ao sistema acusatório, na decisão, foi reiterada a constitucionalidade do RISTF²⁵², que detém força de lei e prevê expressamente a possibilidade da investigação no caso de envolvimento de autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição.

Com isso, reforçou o entendimento anterior quanto à recepção e, em observância à norma e ao princípio da separação dos poderes, restringiu o inquérito aos membros da Corte e seus familiares (condicionante 2), restando correta.

Ademais, cumpre asseverar, no que se refere à alegação de que o investigador pode neste caso ser o julgador – caso a denúncia seja provida no âmbito da competência originária do STF, o que violaria o sistema acusatório–, que essa hipótese excepcional encontra solução razoável, dadas as particularidades dos atos antidemocráticos. Deve-se “seguir o princípio acusatório, segundo o qual quem toma contato com os elementos de prova no âmbito da

²⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 244

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 14*, de 09 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵² BRASIL, op. cit., nota 247.

investigação preliminar deve dar-se por impedido para julgar, nos termos do art. 277 do RISTF²⁵³.

Lembre-se, ainda, que – como consta na decisão –, embora reservada à autoridade policial a primazia da investigação, não só esta autoridade ou o titular da ação penal pública poderá promover tal atividade. Nesse caminhar, o art. 43, ao prever que o Presidente instaurará o inquérito, reporta-se à competência investigatória atípica, mas legal.

Não se nega que o sistema de justiça deve ser preservado; contudo, o RISTF²⁵⁴, ao prever excepcionalmente a função atípica para a investigação, objetiva assegurar bem maior, qual seja, o princípio da separação dos poderes (art. 60, §4º, III, CRFB/88²⁵⁵), representando instrumento de proteção da própria Constituição.

A natureza jurídica do inquérito é de um procedimento de natureza administrativa, não resultando dele nenhuma direta sanção, não havendo ofensa ao sistema acusatório na previsão do RISTF²⁵⁶. Deve, no entanto, tal como asseverado pela Corte na condicionante 1, ser acompanhado este inquérito pelo Ministério Público.

A decisão acima referida encontra na condicionante 1, reforce-se, a preocupação com princípio acusatório e da ampla defesa, demonstrando que o entendimento da Corte, em consonância com tais axiomas constitucionais, deve caminhar no sentido do que dispõe o texto do RISTF²⁵⁷.

Sobre a alegação de que o fato deveria ter ocorrido na “sede ou dependência do Tribunal” com a aplicação da literalidade do RISTF²⁵⁸, apontou a Corte que o desempenho das funções institucionais do Poder judiciário e, particularmente, ao STF, não se restringe a um mero espaço físico, detendo jurisdição em todo o território nacional (art. 92, §2º, CRFB/88²⁵⁹); e dado o caráter difuso dos crimes cometidos por meio da internet, foi permitido, com base nessa construção, estender o conceito do Tribunal.

Reportando-se, nesse particular, ao entendimento do STJ expresso em caso sobre crime contra a honra praticado por meio do *Whatsapp* e *Facebook*, por ser delito formal, a consumação

²⁵³ STRECK, Lenio Luiz; *et. al. Ainda sobre o inquérito judicial e o sistema acusatório*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/opiniao-ainda-inquerito-judicial-sistema-acusatorio>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁵⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 247.

²⁵⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 1

²⁵⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 247.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

se dará no local onde a vítima conhece das ameaças; por exemplo, celular em Naviraí²⁶⁰, e, assim sendo, também podem ser considerados cometidos “na sede ou dependência do Tribunal”.

Outrossim, asseverou no julgamento da ADPF que a essa Corte não nega o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB/88²⁶¹). O regimento estabelece a competência do Ministro Presidente, que pode delegar a um dos ministros da Cortes, nos termos do art. 43 do RISTF²⁶², segundo o qual “instaurará” ou “delegará”. Alerta-se, dentro de uma atuação restrita à fase preambular, peça meramente informativa. Por tais fundamentos, essa hipótese de delegação afastaria a incidência da distribuição por sorteio.

Após a análise do entendimento expresso pela Corte, cabe a indagação: essa atuação revestiu-se de características do ativismo judicial, na acepção desenvolvida no capítulo 1? Seria a posição do STF mais um fundamento para os atos antidemocráticos?

Primordial, para responder tais formulações, rememorar que o ativismo judicial, conforme desenvolvido no capítulo 1, pauta-se no conceito de um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, dando-se um passo além da centralidade assumida pelo Judiciário.

Não se vislumbra nos atos antidemocráticos tais características; as decisões proferidas até o momento são devidamente fundamentadas e amparadas, seja na legislação vigente ou na jurisprudência anteriormente expressa pelos Tribunais e pela Doutrina. Reitere-se: tais decisões não encontram amparo em um comportamento pautado na vontade do magistrado.

Não se pode negar que a peculiaridade do caso exigiu da Corte não ficar presa a formalismos, especialmente dada a necessária proteção dos direitos fundamentais e do próprio Estado Democrático de Direito, mas tal atuação é plenamente democrática em todos esses aspectos. Mesmo porque a “noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia (...) significa também participação, tolerância e liberdade”, como elucida Mauro Cappelletti²⁶³.

Nesse sentido, a intolerância manifestada por meio de atos antidemocráticas vem sendo analisada pela Corte por meio da legalidade democrática, sendo este o antídoto vislumbrado

²⁶⁰ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *CC nº 156.284*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1680838&num_registro=201800087755&data=20180306&formato=PDF>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 1

²⁶² BRASIL, op. cit., nota 247.

²⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993, p.107.

acertadamente pelos Ministros, dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, distanciando-se, como vem fazendo, de práticas ativistas, ou seja, comportamento pautados na vontade, sob pena de incorrer em críticas fundadas na ofensa ao princípio da separação dos poderes.

O objeto no julgamento da ADPF nº572²⁶⁴ foi restringido. Não são todos os possíveis ilícitos contra o regime democrático que podem ser investigados nos inquéritos instaurados por Ministros. Houve a devida limitação, tal como determina a norma, para que o objeto seja a defesa da Corte, Ministros e seus familiares no cenário dos atos antidemocráticos.

Todas as questões arguidas pelas partes foram analisadas e ponderadas de maneira a compatibilizar o Judiciário com o espírito da Democracia, uma vez que o resultado da decisão judicial, independentemente de ser correto e relevante, deve respeitar e zelar pelos parâmetros procedimentais e decisórios adequados ao exercício da jurisdição.

Outro ponto de grande repercussão e atuação eficaz da Corte refere-se à disseminação de notícias fraudulentas por meio do aplicativo de troca de mensagens *Telegram*, que corre em sigilo no Supremo²⁶⁵.

Em que pese esse sigilo, divulgou-se que, a pedido da Polícia federal, devido ao descumprimento de diversas decisões da Corte para o bloqueio de canais com manifestações com teor fraudulento (*fake news*), restou ordenada pelo STF a suspensão do aplicativo *Telegram* no país. Segundo determinou o Ministro Alexandre de Moraes, o presidente da Agência Nacional de Telecomunicações deve adotar medidas para tanto, ponderando a gravidade da situação²⁶⁶.

Isso quando esse aplicativo de mensagens vem sendo utilizado para *divulgar fake News* e ataques. Na decisão, reafirmou que os comandos normativos, bem como as decisões judiciais, devem ser seguidas. Para o Ministro²⁶⁷, o desrespeito à legislação brasileira e o reiterado descumprimento de inúmeras decisões judiciais pelo Telegram, empresa que opera no território brasileiro, sem indicar seu representante, inclusive emanadas do Supremo Tribunal Federal, é circunstância completamente incompatível com a ordem constitucional vigente, além de contrariar expressamente dispositivo legal (artigo 10, parágrafo 1º, da Lei nº 12.965/14).

²⁶⁴ BRASIL, op. cit., nota 244.

²⁶⁵ GADELHA, Igor; ZUCCHI, Gustavo Leia a íntegra da decisão do STF que suspendeu o Telegram no Brasil. *Metrópoles*, 18 de março de 2022. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/igor-gadilha/leia-a-integra-da-decisao-do-stf-que-suspendeu-o-telegram-no-brasil>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Ibid.

Tal decisão, ao final, foi revogada, dado o cumprimento pela plataforma das exigências solicitadas pelo magistrado. É de se notar que, após um longo período ignorando as determinações da justiça, a determinação foi cumprida pouco antes do prazo de 24 horas. “Os perfis e links foram excluídos, como constatou o STF. Além disso, o Telegram informou o cumprimento integral das medidas que restavam, indicou um representante oficial no Brasil e informou qual será sua política de combate a desinformação.”²⁶⁸

Por fim, o julgamento da AP nº 1.044²⁶⁹, reportado no capítulo anterior, deve ser analisado. Nessa demanda, o STF julgou – após denúncia da procuradoria-geral da República – o caso do Deputado Federal, que realizou ataques diretos à Corte, restando determinado, ao fim, condenado a oito anos e nove meses de reclusão em regime inicial fechado e multa de R\$ 192,50 mil, corrigida monetariamente.

O STF determinou, ainda, a perda do mandato de Deputado Federal e a suspensão de seus direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação por restar incurso no crime de coação no curso do processo e tentativa de impedir o livre exercício dos poderes da União.

Segundo o Ministro relator, além de ameaças físicas, o Deputado citou, de modo expresso, a cassação de Ministros do STF e disse que desejava “um novo AI-5” para essa finalidade. Para o relator, a gravidade das intimidações teve potencial danoso relevante, especialmente porque foram disseminadas em ambiente virtual e amplamente divulgadas pela mídia e entre os seguidores de Silveira. O caso teve dez votos favoráveis ao Ministro relator, contando com divergência para aceitar a denúncia apenas do Ministro Nunes Marques.

Nesse caminhar, as referidas decisões – embora sujeitas a críticas, dado que estas são inerentes ao modelo democrático, o dissenso, afinal, é inerente à Democracia – foram fundamentais para o controle de tais manifestações antidemocráticas e assegurar o Estado Democrático de Direito. Assim, a condução pelo STF, ao contrário do que propõe a indagação, em verdade, foi primordial para a contenção dos atos antidemocráticos.

3.1.4. Decisão do STF posta em cheque

A ação²⁷⁰ que julgou o Deputado Daniel Silveira é um dos casos paradigmáticos sobre os atos antidemocráticos e já conta com a condenação deste Deputado. A problemática ocorre

²⁶⁸ SASSINE, Vinicius. Moraes, do STF, revoga decisão e libera Telegram em todo o Brasil. *NSC Total*, 20 de março de 2022. Disponível em: <https://www.nscotal.com.br/noticias/moraes-do-stf-revoga-decisao-e-libera-telegram-em-todo-o-brasil>>. Acesso em: 2 abr. 2022

²⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 179.

²⁷⁰ Ibid.

quando o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro edita Decreto²⁷¹ – com base na prerrogativa que lhe é conferida no texto constitucional (art. 84, caput, inciso XII²⁷²) – concedeu indulto individual àquele Deputado.

No texto alegou que “é medida fundamental à manutenção do Estado Democrático de Direito (...) Considerando que a liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade em todas as suas manifestações” e, ainda, que a medida é constitucionalmente discricionária e excepcional.

Ademais, determina que o benefício também deve ser estendido para os efeitos secundários da condenação – o que inclui a inelegibilidade –, e sua concessão independe do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em consequência disso, foram propostas ações²⁷³ contra este Decreto, interpostas pela Rede Sustentabilidade, pelo Partido Democrático Trabalhista, pelo Cidadania e pelo Partido Socialismo e Liberdade, que já se encontram distribuídos e sob a relatoria da Ministra Rosa Weber.

Argumenta-se que o Decreto presidencial violou os preceitos fundamentais da impessoalidade e da moralidade, havendo desvio de finalidade do ato, afronta à separação dos poderes e ocorre antes do trânsito em julgado, o que não seria possível.

De todo modo, o Ministro Alexandre de Moraes, no bojo da ação principal, já estabeleceu um prazo para que a defesa do Deputado Federal se manifeste sobre o Decreto de indulto presidencial, bem como explique o descumprimento de medidas cautelares impostas pelo STF, como o uso da tornozeleira eletrônica.

Afirmou nessa AP²⁷⁴ que o Supremo irá decidir a questão sobre a declaração de inconstitucionalidade nos autos das ADPFs de Relatoria da Ministra Weber, mas ressaltou que, “apesar de o indulto ser ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo”, ele deve respeitar a Constituição e que o indulto extingue a pena, e não o crime, destaca o Ministro²⁷⁵.

O tema está despertando divergência. Na doutrina, alguns entendem que “ninguém pode contestar (...). É um poder absoluto que ele tem. Qualquer restrição que venha a ser dada ao direito de dar indulto é limitar o que a Constituição não limitou”, não podendo se restringir

²⁷¹ BRASIL. *Decreto* de 21 de abril de 2022. Atos do Poder executivo. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>. Acesso em: 22 abr. 2022

²⁷² BRASIL, op. cit., nota 1

²⁷³ ADPF nº 964, ADPF nº 965, ADPF nº 966, ADPF nº 967.

²⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 179.

²⁷⁵ CONJUR. *Alexandre cobra manifestação de Daniel Silveira sobre indulto e tornozeleira*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-26/alexandre-cobra-manifestacao-daniel-silveira-indulto>. Acesso em: 26 abr. 2022.

algo quando a Constituição não o fez²⁷⁶; contudo, de outro lado, para outros, o desvio de finalidade é manifesto, pois “o presidente foi muito além do que seu cargo lhe faculta (..) amesquinhou a estatura do Judiciário e usou seu cargo para proteger um apoiador político, com evidente intuito de agredir a República”, bem como colide com o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça sob os efeitos secundários, que, para este, não seriam atingidos²⁷⁷.

Tema conflituoso, por certo, quando o ato presidencial vai de encontro à decisão colegiada proferida pelos Ministros e em um tema tão delicado quanto os atos antidemocráticos, em verdadeira afronta aos Ministros e sua autoridade.

De todo modo, para fins deste trabalho, resta esclarecer um ponto primordial. Esse ato praticado pelo Chefe do Poder Executivo – ao utilizar mecanismos do texto constitucional, no caso o indulto individual, para referendar um Deputado Federal que proferiu ataques generalizados aos princípios fundantes do Estado Democrático, como a separação de poderes – afronta o princípio democrático, embora não interrompa o Estado de Democrático de Direito.

E, assim, consolidando o que foi desenvolvido no capítulo anterior, verifica-se mais uma prática apta a enquadrar-se como antidemocrática na realidade brasileira. Reitere-se que a utilização do texto constitucional – para respaldar manifestação autoritária e condenada, de forma colegiada por um dos Poderes instituídos – incorre em afronta pelo Chefe do Executivo ao princípio da separação dos poderes, ao próprio princípio democrático e ao princípio republicano, e, portanto, resta antidemocrática.

3.2. Crimes contra a ordem democrática

Com efeito, os atos antidemocráticos que estão sendo apurados nos inquéritos e os que já contam com ação penal, comprovadas a autoria e materialidade dos autores, ensejarão a punição dos investigados por crimes.

Segundo decisão do Ministro Alexandre de Moraes, no inquérito nº 4.781/DF²⁷⁸, pontuou-se na suposta prática pelos investigados de diversos crimes contra a Lei de Segurança Nacional²⁷⁹, quais sejam:

²⁷⁶ CONJUR. *Para Ives Gandra, perdão de Bolsonaro a Silveira não pode ser contestado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-23/ives-gandra-perdao-bolsonaro-silveira-incontestavel>. Acesso em: 26 abr. 2022.

²⁷⁷ CONJUR. *O indulto contra a democracia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-22/opinio-indulto-democracia>. Acesso em: 26 abr. 2022.

²⁷⁸ BRASIL, op. cit., nota 204.

²⁷⁹ BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022

Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983

Art. 17. Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

Art. 18. Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.

Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Art. 22. Fazer, em público, propaganda:

I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social;

(...)

IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: detenção, de 1 a 4 anos.

Art. 23. Incitar:

I - à subversão da ordem política ou social;

II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

(...)

IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Art. 26. Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

Tal lei, conquanto, foi revogada expressamente pela Lei nº 14.197²⁸⁰, que também revogou o art. 39 do Decreto-Lei nº 3.688²⁸¹.

A inovação normativa acrescentou o título XII na parte especial do Código Penal²⁸² sobre crimes contra o Estado Democrático de Direito. Embora a demora para a edição do dispositivo seja eloquente e apesar dos inúmeros vetos que sofreu o novo dispositivo, a mudança resta positiva, tendo em vista que a supressão da expressão “a segurança nacional”, aberta a arbitrariedades, foi efetivamente abandonada, para empregar a terminologia do texto constitucional “dos Crimes contra o Estado Democrático de Direito”²⁸³.

As arbitrariedades remetem ao fato de que a Lei nº 7.170 de 1983²⁸⁴ foi editada durante o período militar, em que vigia a doutrina da segurança nacional, servindo de instrumento para censura de manifestações legitimamente democráticas.

²⁸⁰ BRASIL. *Lei nº 14.197*, de 01 de setembro de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114197.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁸¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁸² BRASIL, *Código Penal*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁸³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁸⁴ BRASIL, op. cit., nota 279.

Conforme ensina Daniel Sarmiento²⁸⁵, a Lei de Segurança Nacional foi editada pelo governo Figueiredo no contexto de abertura “lenta, gradual e segura” que marcou o final da ditadura civil-militar. Padece, no entanto, de graves vícios ao aplicar “internamente a lógica da guerra, elegendo inimigos e justificando sua repressão e perseguição, ora através dos recursos da ‘legalidade autoritária’, ora por meio de instrumentos ainda mais bárbaros, como a tortura e a morte”.

Com a CRFB/88, verificou-se – logo – que alguns dispositivos, claramente, não tinham sido recepcionados pelo texto constitucional; por exemplo²⁸⁶:

O legislador, por exemplo, previu a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes contra a segurança nacional e determinou a observância das normas do Código de Processo Penal Militar (art. 30), bem como do Código Penal Militar “quando couber” (art. 7º), mesmo se fossem civis os agentes do crime. O STF, porém, já assentou que os delitos em questão não possuem natureza castrense, e que é competente para julgá-los a Justiça Federal de 1º grau, com recurso ordinário para o STF, tendo em vista o disposto nos 102, II, “b”, e 104, IV, da Constituição, que tratam da competência para julgamento de “crimes políticos a possibilidade de decretação de prisão do investigado pela autoridade que preside o inquérito (art.33), e autorizou a incomunicabilidade do preso por até 5 dias (art. 33,§2º), o que também afronta claramente a Constituição, seja pela ofensa à reserva de jurisdição para decretação da prisão (art. 5º, LXI, CF), seja pela proibição de incomunicabilidade do preso, vedada pela Carta de 88 até mesmo durante o estado de defesa (art. 136, §3º, III, CF) Como assinalou Luís Roberto Barroso, tais preceitos ostentam “inconstitucionalidade explícita”, e modo que “nenhuma dessas disposições pode subsistir à luz da Constituição de 88”.

Nesse sentido, também elucida o autor, sua aplicação após a redemocratização era limitada, pautando-se em uma interpretação pela Corte sistêmica do diploma, extraindo-se “da conjugação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 7.170²⁸⁷ dois requisitos, de ordem subjetiva e objetiva: i) motivação e objetivos políticos do agente, e ii) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático”²⁸⁸.

No entanto, com o avanço dos movimentos antidemocráticos, esse diploma ganhou destaque e lembrou ao legislador a importância do mandado de criminalização explícito no art. 5º, XLIV, da CRFB/88²⁸⁹, no sentido de que “constituiu crime inafiançável e imprescritível

²⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Lei de Segurança Nacional, crise democrática e Constituição: por que remover o entulho autoritário. In: SARMENTO, Daniel. *Crise Democrática e A Luta Pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 62-63. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4149/4334/29316>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ BRASIL, op. cit., nota 279.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RC nº 1.472*, Relator: Ministro. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur357840/false>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático”²⁹⁰. Dispositivo constitucional esse que já estava atento aos riscos que corre a Democracia e da necessidade de mecanismos para protegê-la contra manifestações abusivas e atentatórias aos seus postulados.

O novo diploma legislativo contava, originariamente, no projeto de Lei no Congresso Nacional, com 5 capítulos: (I) dos crimes contra a soberania nacional; (II) dos crimes contra as instituições democráticas; (III) dos crimes contra o funcionamento das Instituições; (IV) dos crimes contra a autoridade estrangeira ou internacional; (V) dos crimes contra a cidadania²⁹¹.

Destaque-se, de início, que o quinto capítulo – que discorria sobre os crimes contra a cidadania – foi vetado, inovação que buscava coibir abuso de poder por parte do Estado e o abuso de direito por parte de particulares. No entanto, nas razões de veto, consignou-se que tal proposição contrariava o interesse público e geraria grave insegurança jurídica, ao inviabilizar uma atuação eficiente na contenção de excessos em momentos de grave instabilidade (art. 359-S)²⁹².

No que se refere ao primeiro capítulo, o legislador impõe o dever social de lealdade ao Estado brasileiro, estabelecendo tipos penais já definidos em legislações anteriores, como: atentado à soberania, atentado à integridade nacional e espionagem²⁹³.

Já o segundo capítulo, de especial importância para este trabalho acadêmico, ao prever crimes contra o funcionamento das instituições democráticas, consigna expressamente como crime “tentar, com o emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais”, bem como “tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído”²⁹⁴.

No terceiro capítulo, estão contidas as previsões dos crimes contra o funcionamento das Instituições Democráticas no Processo eleitoral, tema também de suma importância, em especial pela tipificação da interrupção do processo eleitoral (art. 359-N) e pela tipificação da violência política (art. 359-P) – definida como “restringir, impedir ou dificultar, com o emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício dos direitos políticos a qualquer pessoa em razão do sexo, raça, etnia, religião, procedência nacional”²⁹⁵.

²⁹⁰ MOURA, Evânio. *Os Crimes Contra O Estado Democrático de Direito e A Revogação da LSN*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-08/moura-crimes-estado-direito-revogacao-lsn>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁹¹ BRASIL, op. cit., nota 280.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Ibid.

Nesse título, foram objetos de vetos o dispositivo que tipificava o crime de “comunicação enganosa em massa” (art. 359-O), por entender que a redação genérica afastaria o eleitor do debate político e inibiria o debate de ideias, e o dispositivo que previa a possibilidade da ação penal privada subsidiária da pública de iniciativa do partido político com representação no Congresso Nacional (art. 359-Q). Segundo expresso, tal proposição contraria o interesse público ao pulverizar iniciativas de iniciativa penal, não sendo atribuição do partido político intervir²⁹⁶.

No quarto capítulo, tutelaram-se os serviços essenciais à defesa nacional, tipificando-se a sabotagem (art. 359-R), que tem, como fim, abolir o Estado Democrático de Direito²⁹⁷.

Tal norma teve o período de *vacatio legis* de 90 dias e já se encontra em vigor. E aqui cumpre analisar a lei nova com um olhar atento à sucessão de leis no tempo, notoriedade ao caso da irretroatividade da lei penal mais severa (*novatio legis in pejus* – art. 5º, XXXIX, CRFB/88²⁹⁸), retroatividade da lei penal mais benéfica (*novatio legis in mellius* – art. 5º, XLV, CRFB/88²⁹⁹), *abolitio criminis* e continuidade típico normativa³⁰⁰.

Note-se:

- (1) Incriminação de novas condutas não previstas na Lei nº 7.710/83³⁰¹; por exemplo, a interrupção do processo eleitoral, art. 359-N, da Lei nº 14.197³⁰²;
- (2) *Novatio legis in pejus*, quando do uso de violência ou grave ameaça para impedir ou restringir o funcionamento dos poderes constitucionais, antes previsto no art. 18 da Lei nº 7.170³⁰³ – pena reclusão, de 2 a 6 anos –, restando na Lei nº 14.197³⁰⁴, tipificada tal conduta no art. 359-L – pena reclusão, 4 a 8 anos.
- (3) *Novatio legis in mellius*, da conduta antes tipificada de separatismo com o desmembramento de parte do território nacional, no art. 11 da Lei nº 7.170³⁰⁵ – pena de reclusão, de 4 a 12 anos – passando a ser tipificado no art. 359-J da Lei nº 14.197³⁰⁶, mas com pena menor – pena de reclusão, 2 a 6 anos.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ MOURA, op. cit.

³⁰¹ BRASIL, op. cit., nota 279.

³⁰² BRASIL, op. cit., nota 280.

³⁰³ BRASIL, op. cit., nota 279.

³⁰⁴ BRASIL, op. cit., nota 280.

³⁰⁵ BRASIL, op. cit., nota 279.

³⁰⁶ BRASIL, op. cit., nota 280.

(4) Continuidade típica normativa – ou seja, manutenção do caráter proibitivo da conduta, com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal, supressão formal, mas não material –, ocorre com o art. 13 da Lei nº 7.170³⁰⁷ enquadrando-se agora no art. 359-K³⁰⁸, crime de espionagem.

Sobre a temática, até o presente momento, tem-se o julgamento recente do Deputado Daniel Silveira. Condenado³⁰⁹ – com base nos artigos 23, inciso IV, combinado com o artigo 18 da Lei 7.170 –, entendendo a Corte, acompanhando o relator, que deve ser afastada a tese da defesa de que a acusação estaria prejudicada pela lei nova após a aceitação da denúncia. Isso porque as condutas descritas na lei antiga continuam na nova norma, apenas com tratamento e sanções diversas (hipótese 2 acima). Dessa forma, a nova norma deve ser aplicada de forma retroativa apenas nos pontos em que beneficia o réu.

Por fim, nos termos do que expõe Ricardo Lewandowski³¹⁰, em coluna no Jornal Folha de São Paulo, oportuno notar que os atos praticados contra a ordem constitucional e o Estado democrático constituem crime inafiançável e imprescritível, sejam eles grupos armados, civis ou militares (art. 5º, XLIV, CRFB/88³¹¹). Bem como, na interpretação deste, enquadra-se como crime contra a humanidade, o qual submetido ao Tribunal Penal Internacional, tendo em vista o “o ataque generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil”. Reporta, ainda, que as inovações da nova Lei nº 14.197³¹² – com destaque para a tipificação da conduta de subverter as instituições vigentes; bem como ao artigo 142 CRFB/88³¹³ – não podem ser utilizadas pelas Forças Armadas contra o STF ou Congresso Nacional pelas Forças Armadas, sob o argumento de “defesa da lei e da ordem”.

3.3. A importância da publicidade e da argumentação jurídica no controle dos discursos antidemocráticos

Após o exposto, fácil asseverar que o Poder Judiciário é o “único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral”, amparando sua legitimidade, no entanto, “no respeito e confiança que os juízes inspiram no povo”, o que, numa Democracia, “funda-se essencialmente

³⁰⁷ BRASIL, op. cit., nota 279.

³⁰⁸ BRASIL, op. cit., nota 280.

³⁰⁹ BRASIL, op. cit., nota 179.

³¹⁰ LEWANDOWSKI, Ricardo. *Intervenção armada: crime inafiançável e imprescritível*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opi-niao/2021/08/intervencao-armada-crime-inafiancavel-e-imprescritivel.html>. Acesso em: 2 abr. 2022.

³¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹² BRASIL, op. cit., nota 280.

³¹³ BRASIL, op. cit., nota 1.

na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original do povo soberano, lhes atribui”³¹⁴.

A legitimidade do Poder Judiciário pressupõe, portanto, uma correta fundamentação, bem como o conhecimento/publicidade desta à sociedade – a qual pode ser diferida –, mas é medida que se impõe.

Nesses termos, a previsão do art. 93, inc. IX, da CRFB/88³¹⁵, referencia que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Como assevera Didier, “o juiz exprime as razões jurídicas que o levaram a decidir as questões processuais e as questões materiais da causa da maneira como decidiu. É na fundamentação que aparecem as razões que devem sustentar a convicção judicial sobre o caso”.³¹⁶

E, assim, é que se deve dar importância, em um modelo democrático, para as razões de decidir dos magistrados, quando é por meio destas boas razões que este poder se legitima perante a sociedade, demonstrando o cumprimento do texto constitucional e, por consequência, da vontade popular. Sua atuação, além do controle da legalidade, demanda que todos os casos sejam analisados à luz do texto constitucional, primordialmente, sendo este o ápice do ordenamento jurídico.

Verifica-se³¹⁷:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.

O estudo da teoria da argumentação jurídica torna-se, por tais fundamentos, primordial, quando capacita a uma melhor resolução dos conflitos apresentados em uma sociedade – a cada dia mais complexa, plural e conflituosa –, e, em casos complexos, como os envolvendo atos antidemocráticos, tal constatação é reforçada.

³¹⁴ COMPARATO, op. cit., p. 151.

³¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 20

³¹⁷ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 176.

3.3.1 Teoria da Argumentação Jurídica à luz de Manuel Atienza

Reforçando a constatação acima, Manuel Atienza³¹⁸ destaca expressamente, em sua obra, a notória importância do estudo da argumentação jurídica no Direito, quando possibilita a capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade. Ressalve-se, contudo, que esta – distinta da lógica jurídica – apresenta um caráter retórico, corrente e comunicativo, conforme elucidada:³¹⁹:

a argumentação jurídica vai além da lógica jurídica porque, como vimos anteriormente, os argumentos jurídicos podem ser estudados também de uma perspectiva que não é a da lógica: por exemplo da perspectiva psicológica ou sociológica, ou então da perspectiva não formal, às vezes chamada de “lógica material” ou “lógica informal”, e outra vezes de “tópica”, “retórica”, “dialética” etc. Por outro lado, a lógica jurídica vai além da argumentação jurídica no sentido de que tem um objeto de estudo mais amplo. Para esclarecer isso podemos utilizar uma conhecida distinção feita por Bobbio (1965) dentro da lógica jurídica. Na sua opinião a lógica jurídica seria constituída pela lógica do Direito, que se concentra na análise da estrutura lógica dos juristas, que se ocupa do estudo dos diversos raciocínios ou argumentações feitos pelos juristas teóricos ou práticos”

Defende, nesse sentido, uma argumentação jurídica ampla, sendo necessária à conjugação da atividade argumentativa com os processos de tomadas de decisão. Situa-se, este trabalho particularmente, na segunda fase definida pelo autor, ou melhor, na fase em que se analisa a aplicação de normas jurídicas à solução de casos³²⁰.

Para fins elucidativos, a primeira fase é a da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, e a terceira se ocuparia com a dogmática jurídica, atividade, esta, complexa que se ocupa de casos abstratos³²¹.

Tal diferenciação, não sendo taxativa, permite que o praticante recorra à dogmática para a resolução do caso, bem como que a dogmática se apoie também nos casos concretos – nesta hipótese, os tribunais, ao criarem a jurisprudência, criam um modelo geral e abstrato para as demais lides futuras. Decisões judiciais que encontram nos casos difíceis – como os atos antidemocráticos em análise – o melhor lugar para o desenvolvimento quando os normas, princípios e direitos fundamentais conflitantes entre si, são ponto de análise.³²²

³¹⁸ Ibid. p.40

³¹⁹ Ibid. p.40

³²⁰ Ibid., p. 19.

³²¹ Ibid.

³²² Ibid.

O autor remete, ainda, a um caráter instrumental da argumentação jurídica ao permitir oferecer o desenvolvimento de um método, possibilitar a construção de sistemas jurídicos hábeis, o ensino do Direito e, por fim, uma função política ou moral³²³.

Sobre esta – função política –, o autor pontua que “quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive a posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema oferece uma solução correta – política e moralmente correta – deste problema”. Os instrumentos argumentativos não se esgotam com o direito, que também incluem a utilização de instrumentos burocráticos e coativos.

O ordenamento, às vezes, por si só, não irá oferecer uma resposta correta, e tornará necessário o uso de outros instrumentos. E, neste momento, é que entra – com destaque e maestria – a teoria argumentativa, a qual por meio diversos teóricos, que são mencionados por Atienza, caminha em um desenvolvimento constante para a melhor construção do fundamento exposto.

O teórico Toulmin, por exemplo, defende acertadamente que “argumentar consiste uma atividade central dos juristas – poucas profissões mais genuinamente que a dos juristas em fornecer argumentos – e o Direito oferece um dos campos mais importantes para a argumentação”, mas que tem como ponto crítico entender que “a lógica deve ser vista como ‘jurisprudência generalizada’”³²⁴.

Ou, ainda, a teoria de Alexy, que resta, essencialmente, correta ao conceber o direito como um sistema de normas e, por outro lado, como um sistema de procedimento, sendo esta a perceptiva assumida na teoria da argumentação jurídica. No entanto, para Atienza, falta um aspecto dinâmico capaz de integrar essas teorias, e – exatamente – neste ponto reside a crítica do autor exposta acima. Mesmo porque, como elucidada, “a argumentação efetuada na vida jurídica é essencialmente sobre fatos, ao passo que a teoria padrão se ocupa, quase com exclusividade, de questões de tipo normativo”³²⁵.

Ao fim, para o autor, a argumentação jurídica deve ser capaz de representar adequadamente as decisões, não bastando a lógica clássica de MacCormick e Alexy, em suas palavras³²⁶:

Na minha opinião, um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica é precisamente o fato de ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente como os juristas fundamentem, de fato, as suas decisões.

³²³ Ibid., p. 224/225.

³²⁴ Ibid., p. 224.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Ibid., p. 216.

Tanto MacCormick quanto Alexy recorrem, para isso à lógica formal dedutiva - digamos, mas me parece que esta, por si só, não é um instrumento suficiente para cumprir esse objetivo.

Basicamente porque nos processos de argumentação jurídica - assim como na argumentação da vida comum - têm um papel fundamental as relações de “ser um argumento a favor de” e “ser um argumento contra”, que não podem ser traduzidas adequadamente em termos da noção habitual de inferência lógica: x pode ser um argumento a favor de y e ser verdadeiro(ou em geral, válido), o que não impede y de ser falso, porque, por exemplo, z é um argumento contra y com peso maior que x.

Por outro lado, o processo de argumentação não é, por assim dizer, linear, mas antes reticular; seu aspecto não lembra uma cadeia, e sim a trama de um tecido.

Um fragmento de argumentação jurídica poderia, na minha opinião, ser adequadamente representado se se utilizam diagramas que permitam dar conta tanto do aspecto sintático, quanto do aspecto semântico e pragmático da argumentação. Assim, em primeiro lugar é preciso representar as relações existente entre os argumentos.

Para tanto, essa argumentação, compreendida como “trama de tecido”, deve poder se apresentar por diagramas, os quais permitem tanto o aspecto semântico, quanto semântico e pragmático da argumentação.

Nesse sentido, a associação do direito com as questões sociais, políticas, culturais e morais relacionam o direito diretamente com a realidade. Tese que, embora não possa resolver todas as questões dos casos difíceis, torna-se um instrumento eficaz na construção e controle do argumento³²⁷. A concepção formal não deve ser abandonada; contudo, devem ser incluídos também instrumentos pragmáticos.

Da mesma forma, deve-se atrelar outro ponto de correção, a necessária ampliação da noção de racionalidade prática, para abarcar teorias da equidade, da discricionariedade ou da razoabilidade que oferecem algum tipo de critério para lidar com os casos difíceis, por mais que discutíveis e não tenham tanta solidez.

A argumentação e sua teoria, portanto, não podem ser essencialmente formais ou puramente formais, mas teriam que incorporar conteúdo de natureza política e moral. As boas razões para solução do caso são primordiais, não mais bastando aplicação pura da lei, devendo ser capaz de dar conta suficientemente dos argumentos que ocorrem de fato na vida jurídica.

Tais premissas e esclarecimentos devem ser aplicados nos casos dos atos antidemocráticos, que requerem uma atuação prudente do STF e que permita aos cidadãos compreender as razões dos Ministros, reafirmando sua legitimação democrática.

³²⁷ Ibid.

CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho acadêmico buscou-se demonstrar os perigos que corre o Estado Democrático de Direito contemporâneo com os ataques antidemocráticos, com ênfase na sociedade brasileira e no papel do Poder Judiciário diante dessa conjuntura.

Alerte-se: não se tentou sustentar qualquer ideologia, manifestação partidária ou forma mágica apta a solucionar essa questão tão complexa e que não se encerra nestas páginas. O único objetivo da pesquisa foi evidenciar os atos antidemocráticos, com suas principais características e particularidades no cenário atual.

Nesse sentido, definiu-se que os atos antidemocráticos contemporâneos apresentam como características comuns: (1) manifestações autoritárias por um dos Poderes; conjugadas com (2) ataques generalizados – sejam eles praticadas por agentes públicos ou particulares – aos princípios fundantes do Estado Democrático, em especial a (2.1) separação dos poderes e aos (2.2) direitos fundamentais, embora - de forma contraditória – os utilizem como forma de legitimar sua atuação. Sendo notório que esses atos (3) não buscam interromper o modelo democrático para a instituição de um Estado de Direito, como anteriormente.

Ressalve-se: a ausência de alguma destas características não torna o ato democrático, bem como a presença de todos os elementos acima apenas reforça a potencialidade danosa dos atos para o modelo democrático, sendo esta conceituação, como todas, utilizada para fins instrutivos, devendo ser analisado sempre o caso concreto.

Quanto aos direitos fundamentais, atenção especial neste trabalho acadêmico ao direito à liberdade de expressão, que, sendo muito caro à própria Democracia, não pode ser exercido de maneira ilimitada e utilizado para atentar contra o próprio texto constitucional, como defendido por esses manifestantes. Não se trata de um direito absoluto; contudo, qualquer restrição deve ser necessária e fundamentada, sob pena de incorrer em censura.

Demonstrou-se, assim, que o debate vai além do plano teórico, estando presente no dia a dia de todos. Ameaças, por muitos consideradas sutis e inofensivas ao modelo democrático, tornam-se aptas a impactar nas garantias tão arduamente conquistadas.

Isso quando a ruptura de valores básicos do modelo Democrático e Republicano, mesmo que sutis, representam um teste que vai além do “esticar da corda”. Tão grande é o tensionamento, que gera preocupação de até quando a “corda” irá aguentar, com medo quanto à perspectiva de romper-se por completo.

Vale lembrar que a Democracia, como um modelo que está em constante manutenção e fortalecimento, tem fragilidades que demandam dos que nela vivem o reconhecimento de sua necessidade e a defesa de seus valores face a atração de soluções imediatistas e autoritárias.

Nesse cenário, a importância do papel do Judiciário no século XXI e, especialmente, sua representação em face dos atos antidemocráticos. A este Poder incumbe esclarecer por meio de decisões adequadas e coesas, evitando distorções discursivas, de modo a combater a obscuridade antidemocrática.

Seguiu-se com a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal relativas aos inquéritos e às ações que apuram os atos antidemocráticos – nos termos do desenvolvido extensivamente ao longo do terceiro capítulo –, que têm prestado bons serviços à estabilidade institucional, protegendo as regras do jogo democrático e assegurando o respeito aos direitos fundamentais.

Atua o Supremo de modo firme e tempestivo na defesa do funcionamento regular das Instituições democráticas, reafirmando sua legitimação com uma argumentação jurídica coesa e firme, medida necessária – diante das contradições dos atos antidemocráticos.

Buscou-se alertar e disseminar, ao fim, a ideia de que a Democracia, embora sujeita à crítica, foi o melhor modelo encontrado – até o presente momento – e corre riscos concretos modernamente. Modelos autoritários na história já comprovaram não serem solução melhor; muito pelo contrário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; Levy, Wilson. *Ativismo judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

ALIZADA, Nazifa et al. Autocratization Changing Nature?. *V-Dem Working Paper Forthcoming*, 2022. Disponível em: https://v-dem.net/media/publications/dr_2022.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. Liberdade de expressão, Estado de Direito e Democracia. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; _____. *Liberdade de Expressão e Relações Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4191/4381/30246>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ARAÚJO, Gabriela Shizue Soares de; BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. A democracia participativa e a revogação popular de mandatos (recall): alternativas ao déficit democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, ano 14, n. 42, set./ dez. 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/41780/89774>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg. de. Legalismo Autocrático na Administração Pública e o Controle pelo Poder Judiciário. *Revista Digital De Direito Administrativo*, v. 8, n.º 2, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/183054>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência Do Direito” e do “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot: Faculty Scholarship Series. In: _____. LEVINSON, Sanford. *Constitutional Crises. University of Pennsylvania Law Review*. Filadélfia: Estados Unidos, v. 157, n.3, ed. 707, 2009.

BANHOS, Sérgio Silveira. O papel da democracia intrapartidária em momento de crise na democracia representativa. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da, et al (Coords.). *Tomo 1 - Democracia, Justiça e Cidadania: Desafios e Perspectivas – Homenagem Ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4040/4202/26659>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos*

Fundamentais e Justiça - RBDFJ, n. 39, jul./ dez. 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/136/31741/79217>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009.

_____. Marbury Contra Madison. In: NEVES, José Roberto de Castro. *Os Grandes Julgamentos da História*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

_____. *Os três Papéis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais contemporâneas*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. In: _____. *Revolução Tecnológica, Crise da Democracia e Constituição: Direito e Políticas Públicas Num Mundo em Transformação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4218/4402/30666>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BARROSO, Luna Van Brussel. Recessão democrática, populismo e um papel possível para as cortes constitucionais. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da, et al (Coords.). *Tomo 1 - Democracia, Justiça e Cidadania: Desafios e Perspectivas – Homenagem Ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4040/4202/26659>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2010, p. 562.

BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a "judicialização da política". *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 103. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67808>>. Acesso em: 2 abr. 2022

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. *Teoria Geral da Política. A filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRASIL. *Código Penal*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. *Decreto*, de 21 de abril de 2022. Atos do Poder executivo. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>. Acesso em: 22 abr. 2022

_____. *Decreto-Lei nº 3.688*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. *Lei nº 7.170*, de 14 de dezembro de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022

_____. *Lei nº 14.197*, de 01 de setembro de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14197.htm>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Senado Federal. *CPI da pandemia*. 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>. Acesso em 2 abr. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *CC nº 156.284*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1680838&num_registro=201800087755&data=20180306&formato=PDF>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 572*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 622 MC/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755918124>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 854*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759335458>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ap. nº 1.044*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6207102>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.424*. Relator: Ministro. Moreira Alves. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.781*. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446255/false>>. Acesso em: 2 abr. 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.828*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>. Acesso em: 2 abr. 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pet. nº 7.174*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753943105>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pet. nº 9.844*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6231251>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Portaria GP nº 69*. Gabinete da Presidência, de 14 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RC nº 1.472*, Relator: Ministro. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur357840/false>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*, atualizado até a Emenda Regimental nº. 57/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/REGIMENTOINTERNO-C-1980.PDF>> Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STA nº 10-AgR*. Relator: Ministro. Maurício Corrêa. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2180298>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 14*, de 09 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

CALEGARI, Luiza; GOES, Severino. *Roberto Jefferson, aliado de Bolsonaro, é preso por ordem do ministro Alexandre, do STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-13/alexandre-manda-prender-roberto-jefferson-aliado-bolsonaro>>. Acesso em: 2 abr. 2022

CALIMAN, Orlando. *Trump e a democracia*. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/opiniao/artigos/2017/02/trump-e-a-democracia-1014022481>. Acesso em: 2 abr. 2022

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____. Neceidade y legitimidade de la justicia constitucional. In: Vários Autores. *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Dos riscos à consolidação de uma Administração Pública democrática e republicana no Brasil: a permanência do autoritarismo e do patrimonialismo. *Interesse Público - IP*, ano 22, n. 126, mar./ abr. 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/42051/93313>. Acesso em: 2 abr. 2022. [e-book]

CHALITA, Gabriel. A justiça e o que permanece – Uma breve reflexão sobre a verdade e suas ausências. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). *Democracia e Sistema de Justiça: Obra em Homenagem Aos 10 Anos do Ministro Dias Toffoli No Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4000/4154/25707>. Acesso em: 2 abr. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. A democracia constitucional em período de tempestade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4260/4446/31884>. Acesso em: 2 abr. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 5, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10004>. Acesso em: 2 abr. 2022.

CONJUR. *Alexandre cobra manifestação de Daniel Silveira sobre indulto e tornozeleira*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-26/alexandre-cobra-manifestacao-daniel-silveira-indulto>. Acesso em: 26 abr. 2022.

CONJUR. *O indulto contra a democracia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-22/opinioao-indulto-democracia>. Acesso em: 26 abr. 2022.

_____. *Para Ives Gandra, perdão de Bolsonaro a Silveira não pode ser contestado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-23/ives-gandra-perdao-bolsonaro-silveira-incontestavel>. Acesso em: 26 abr. 2022.

COSTA, Daniel Castro Gomes da, et al. *Tomo 1 - Democracia, Justiça e Cidadania: Desafios e Perspectivas – Homenagem Ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4040/4202/26659>. Acesso em: 2 abr. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro). *Interesse Público* - IP, ano 22, n. 63, set./ out. 2010. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21396/50958>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. *É preciso rever o neoconstitucionalismo pois defendê-lo seria uma contradição*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-13/ruy-espindola-preciso-rever-neoconstitucionalismo-pois-defende-lo-seria-contradicao>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Direito, o Judiciário e a Nova Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 160, abr./jun. 1985.

FGV. *Oscar Vilhena Vieira analisa o impacto do avanço das “Illiberal Democracies” nas instituições*. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/oscar-vilhena-vieira-analisa-impacto-avanco-illiberal-democracies-instituicoes>. Acesso em: 2 abr. 2022.

FRANCISCO, Flávio Thales Ribeiro. O Velho Cadillac: Raça, Nação e Supremacia Branca na era Trump. *Sankofa*, São Paulo, v. 13, nº 24. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sankofa/article/view/178931>. Acesso em: 2 abr. 2022.

GADELHA, Igor; ZUCCHI, *Gustavo Leia a íntegra da decisão do STF que suspendeu o Telegram no Brasil*. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/igor-gadelha/leia-a-integra-da-decisao-do-stf-que-suspendeu-o-telegram-no-brasil>. Acesso em: 2 abr. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019 [e-book].

GUEDES, Néviton. *Da irracionalidade à hiper-racionalidade nas decisões*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-14/constituicao-poder-irracionalidade-hiper-racionalidade-decisoes>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

GUTTMAN, Leonardo Martin. Crise Democrático-Institucional e o papel do Judiciário. *Departamento de Direito PUC-RIO*, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2020/download/relatorios/CCS/DIR/DIR-LEONARDO%20MARTIN%20GUTTMAN.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

HORBACH, Carlos Bastide. Liberdade de expressão nas redes sociais: o caso das fake news nas eleições presidenciais brasileiras de 2018. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da, et al (Coords.). *Tomo 1 - Democracia, Justiça e Cidadania: Desafios e Perspectivas – Homenagem Ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4040/4202/26659>. Acesso em: 2 abr. 2022.

INTERVOZES. *Nota conjunta: Liberdade de Expressão e de Imprensa enfrentam a maior ameaça do período democrático no Brasil*. Disponível em: <https://intervozes.org.br/nota-conjunta-liberdade-de-expressao-e-de-imprensa-enfrentam-a-maior-ameaca-do-periodo-democratico-no-brasil/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

JESUS, Lúcia Helena Martins de. Democracias e suas fragilidades: o exemplo da prorrogação do parlamento proposta por Boris Johnson. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso de; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto (Coord.). *Autoritarismo Líquido e Crise Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4281/4476/32500>. Acesso em: 2 abr. 2022.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California Law Review*, California, v. 47, n.º 189, 2013. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

LEITE, Flávia Piva Almeida. LOPES, Cintia Barudi. SANTOS, Thiago Luiz dos. Liberdade de Expressão e a Investigação das Manifestações Antidemocráticas no Inquérito Nº 4828: A Liberdade, Para Ser Livre, Precisa Se Autor restringir?. *Revista Direitos Culturais*, v. 16, n. 38, 16 maio 2021. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/203>. Acesso em: 2 abr. 2022.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018 [e-book].

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Intervenção armada: crime inafiançável e imprescritível*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opi-niao/2021/08/intervencao-armada-crime-inafiancavel-e-imprescritivel.shtml>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. *O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MARS, Amanda. *Suprema Corte enterra a tentativa de Trump de reverter as eleições*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-12-12/suprema-corte-enterra-a-tentativa-de-trump-de-reverter-as-eleicoes.html>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; CÂMARA, Hermano Victor Faustino. Direitos da personalidade e liberdade de expressão nas redes sociais: atualizando critérios de ponderação. op. cit. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *Liberdade de Expressão e Relações Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4191/4381/30246>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional no Ministério Público. *Juris Síntese*, Rio de Janeiro, n. 208, 1995.

MEDAUAR, Odete. Variações sobre um tema de todos: democracia. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da et al (Coord.). *Tomo 1 - Democracia, Justiça e Cidadania: Desafios e Perspectivas*

– Homenagem Ao Ministro Luís Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4040/4202/26663>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MENDES, Gilmar. *Liberdade de expressão e Direitos de Personalidades*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao-direitos-personalidade>. Acesso: Acesso em: 2 abr. 2022

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas S.A.

_____. *Legitimidade da Justiça Constitucional*. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67591/70201/89016>>. Acesso em: 2 abr. 2022

MORAES, Guilherme Braga Peña de. Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. *Direito em Movimento*, v. 17, n. 2, nov. 2019. ISSN 2238-7110. Disponível em: <http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/155>>. Acesso em: 2 abr. 2022

MORAIS, Jennifer Azambuja de; COSTA, Andressa Liegi Vieira; BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. Populismo, polarização política e a pandemia do coronavírus: Donald Trump e a opinião pública nos Estados Unidos. *Revista debates: revista de ciências sociais*. Porto Alegre, RS. Vol. 14, n. 3, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/9185?locale-attribute=em>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MORRIS, Aldon; TREITLER, Vilna Bashi. O Estado Racial Da União: compreendendo raça e desigualdade racial nos Estados Unidos da América. *Caderno CRH*, v. 32, n. 85, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/v3rPpfS74whKzwMGbrzV5Nn/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MOTTA, Athayde. *Democracia é um jogo, mas não uma brincadeira*. Disponível em: <https://ibase.br/2021/02/27/democracia-e-um-jogo-mas-nao-uma-brincadeira/opiniaio/>>. Acesso: 2 abr. 2022.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la?* São Paulo: Cia das Letras, 2019 [e-book].

MOURA, Evânio. *Os Crimes Contra O Estado Democrático de Direito e A Revogação da LSN*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-08/moura-crimes-estado-direito-revogacao-lsn>. Acesso em: 2 abr. 2022.

NAÇÕES UNIDAS, *A Democracia e as Nações Unidas*. 2010. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/55782-democracia-e-nacoes-unidas>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Garantias da magistratura e independência do Judiciário. *THEMIS: Revista da Esmec*, v. 3, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/321>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ORTEGA, Carlos; ALMEIDA, Enaile. *Programa Conexões aborda crescimento do movimento neonazista no Brasil*. Disponível em: <<https://ufmg.br/comunicacao/noticias/programa-conexoes-aborda-crescimento-do-movimento-neonazista-no-brasil>>. Acesso em: 2 abr. 2022

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo: Um Modelo Constitucional ou uma Concepção da Constituição*. Disponível em:<<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/322/315>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

QUINELATO, João. Liberdade, verdade e fake news: mecanismos para o ressarcimento de danos. In: CATALAN, Marcos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). *Direito Civil e Tecnologia: Tomo I*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4087/4451/32002>. Acesso em: 2 abr. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos*. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. *O Judiciário a serviço da sociedade*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46618/46352>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

REZENDE, Luciano Chacha de. Democracia direta, representativa e participativa – Um breve exame sobre esses modelos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 18, n. 39, out./dez. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10475/16430>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Definição e estrutura dos direitos fundamentais. *Revista De Direito Administrativo*, v. 268. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50737>. Acesso em: 2 abr. 2022.

RODAS, Sérgio. *STF condena Daniel Silveira a 8 anos e 9 meses de prisão e perda do mandato*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-abr-20/stf-condena-silveira-anos-meses-prisao-perda-mandato> >. Acesso em: 20 de abril de 2022

RUNCIMAN, David. *Como a Democracia chega ao fim*. São Paulo: Todavia, 2018 [e-book].

SALGADO, Gisele Mascarelli. *Uma visão do neoconstitucionalismo a partir de Dworkin*. Disponível em:<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/323>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio*. 2017. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

SANTOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 [e-book].

SARMENTO, Daniel. Lei de Segurança Nacional, crise democrática e Constituição: por que remover o entulho autoritário. In: _____. *Crise Democrática e A Luta Pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4149/4334/29316>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. *Livres e iguais*. Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

SASSINE, Vinicius. Moraes, do. *STF, revoga decisão e libera Telegram em todo o Brasil*. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/moraes-do-stf-revoga-decisao-e-libera-telegram-em-todo-o-brasil>>. Acesso em: 2 abr. 2022

SENA, Kárita Emanuelle Ribeiro; VOLPATO, Alana Nogueira; LUVIZOTTO, Caroline Kraus. Democracia Mediatizada: dilemas e contradições do fazer político na sociedade contemporânea. *Anais de Artigos do Seminário Internacional de Pesquisas em Mediatização e Processos Sociais*, v. 1, n. 4, 2021. ISSN 2675-4290. Disponível em: <<http://mediaticom.org/anais/index.php/seminario-mediatizacao-artigos/article/view/1334>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros; SERRANO, Juliana Salinas. Notas sobre autoritarismo na contemporaneidade. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso de; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto (Coord.). *Autoritarismo Líquido e Crise Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4281/4476/32491>. Acesso em: 1 maio 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 91, n 798, 2002.

SINGER, André, Gustavo; VENTURI, Angela Alonso. *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Cia das Letras, 2019 [e-book].

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STENNER, Karen; HAIDT, Jonathan. Authoritarianism is not a momentary madness, but an eternal dynamic within liberal democracies. In: SUSTEIN, Cass. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: Dey Street Books. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Deus morreu e agora tudo pode? Reflexões sobre a prisão do deputado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/streck-deus-morreu-agora-tudo-prisao-deputado>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. *Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

_____. *Rubicão e os quatro ovos de condor: de novo o que é o ativismo?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Disponível Acesso em: 2 abr. 2022.

_____; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, et al. *Ainda sobre o inquérito judicial e o sistema acusatório*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/opinioao-ainda-inquerito-judicial-sistema-acusatorio>. Acesso em: 2 abr. 2022.

TASSINARI, Clarissa. *A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial*. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

TRINDADE, André Karam. As soluções judiciais para a crise do sistema prisional no estado do Rio Grande do Sul: um exemplo privilegiado do ativismo à brasileira. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 18, 2015. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/119/105>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

TUSHNET, Mark V. Constitutional Hardball. *John Marshall Law Review*. Washington, D.C., nº 37, 2004.

_____. Varieties of Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2016/04/varieties-of-constitutionalism-i%C2%B7con-14-issue-1-editorial/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UOL. *Bolsonaristas Copiam Ku Klux Klan em Ato Contra Stf. Congresso em Foco*. 31 de maio de 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/bolsonaristas-copiam-kluklux-klan-em-ato-contrastf-veja-o-video/>. Acesso: 2 abr. 2022.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. et. al. A linha do tempo da estratégia federal de disseminação da Covid-19. *Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil*. São Paulo, n. °10, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.usp.br/directbitstream/3b1910da-027e-41c6-b740-12642d275300/HSA_02_2021.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WETERMAN, Daniel; Souza, Matheus de. '*Sem voto impresso em 2022, vamos ter problema pior que dos EUA*', diz Bolsonaro. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2021/01/07/sem-voto-impresso-em-2022-vamos-ter-problema-pior-que-dos-eua-diz-bolsonaro.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.