



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARA VILELA DOURADO

**ENTRE CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO JUDICIAL E
DEMOCRACIA MILITANTE: UMA ANÁLISE DO
INQUÉRITO 4781/DF DO STF (“INQUÉRITO DO FIM DO
MUNDO”)**

Salvador
2023

LARA VILELA DOURADO

**ENTRE CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO JUDICIAL E
DEMOCRACIA MILITANTE: UMA ANÁLISE DO
INQUÉRITO 4781/DF DO STF (“INQUÉRITO DO FIM DO
MUNDO”)**

Monografia apresentada ao curso de graduação da
Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador
2023

TERMO DE APROVAÇÃO

LARA VILELA DOURADO

**ENTRE O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO JUDICIAL E
DEMOCRACIA MILITANTE: UMA ANÁLISE DO
INQUÉRITO 4781/DF DO STF (“INQUÉRITO DO FIM DO
MUNDO”)**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2023.

Aos meus pais, Luciana e Agostinho, por me permitirem chegar até aqui. A minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradecer primeiramente a Deus, sempre, por me dar força e motivos para acreditar no meu propósito todos os dias. À toda a minha família por tornarem essa jornada possível, em especial ao meu irmão Raul, à minha “tia” Sandra Paula, e, claro, aos meus pais, Luciana e Agustinho, por não medirem esforços para me empurrar em direção aos meus sonhos. Eu amo vocês!

Agradeço também a todos aqueles que fazem parte do meu cotidiano e deixam os meus dias mais leves, especialmente Raquel, minha amiga/irmã que se emociona com as minhas conquistas e com quem tenho o prazer de compartilhar a vida (ps.: saudades); Italana, minha outra amiga/irmã que entrou em minha vida pra me ensinar a ser uma pessoa melhor, e com toda certeza está se saindo bem nessa missão; Mari e Paola, minhas amigas/primas que compartilham essa minha rotina agoniada e fazem parte de tudo isso; e Victória Edith, que enfrenta comigo os mesmos percalços diários e me faz rir disso tudo.

Agradeço também às pessoas que, de alguma forma, me auxiliaram neste trabalho. Ao meu chefe e amigo Uirá Azevêdo, pela paciência diária e incentivo na pesquisa; ao professor Geovane Peixoto, por sempre se mostrar disponível para discussões que foram essenciais à conclusão deste trabalho; e, por fim, ao meu orientador, professor Gabriel Marques, por abraçar a minha ideia e me auxiliar nesta etapa. Admiro muito vocês.

No mais, agradeço a todos que passaram pela minha vida. Eu sou resultado de todas essas as experiências.

“Por que foi que cegamos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que veem, Cegos que, vendo, Não veem”.

José Saramago

RESUMO

A atuação do Judiciário na defesa da democracia desempenha um papel crucial na preservação do regime democrático, especialmente contra práticas do constitucionalismo abusivo. Esse dever atribuído aos juízes e tribunais permitiria uma mitigação legítima dos princípios democráticos em prol da defesa da democracia contra ameaças futuras mais gravosas, no que se chama de “democracia militante”. No entanto, essa atuação, principalmente quando oriunda das Supremas Cortes e Cortes Constitucionais, comumente levanta questões acerca dos seus limites bem como dos riscos do abuso judicial. No Brasil, a controvérsia em torno do Inquérito 4.781/DF, conhecido como Inquérito das *Fake News* – ou Inquérito do Fim do Mundo - é um exemplo marcante dessa discussão. Por um lado, há quem defenda que a iniciativa do Supremo Tribunal Federal (STF) visa combater ameaças à integridade das instituições democráticas e à disseminação da desinformação, o que legitimaria uma atuação combativa. Por outro, a maneira como a investigação foi instaurada e conduzida, e sua constitucionalidade, tem sido objeto de críticas no sentido de que a investigação representa uma intervenção judicial heterodoxa que ultrapassa os limites tradicionais do Poder Judiciário. Diante disto, este trabalho pretende analisar o complexo desafio de equilibrar a defesa da democracia (democracia militante) contra o constitucionalismo abusivo com a preservação dos princípios do Estado de Direito e o respeito aos limites atribuídos ao exercício da atividade jurisdicional, tendo como plano de fundo a discussão acerca da (in)constitucionalidade do Inquérito das Fake News.

Palavras-chave: Democracia militante; Constitucionalismo abusivo; Abusividade judicial; Limites. Inquérito das Fake News.

ABSTRACT

The Judiciary's performance in defending democracy plays a crucial role in preserving the democratic regime, especially against practices of abusive constitutionalism. This duty assigned to judges and courts would allow a legitimate mitigation of democratic principles in favor of defending democracy against more serious future threats, in what is called "militant democracy". However, this action, especially when it comes from the Supreme Courts and Constitutional Courts, often raises questions about its limits and the risks of judicial abuse. In Brazil, the controversy surrounding Inquiry 4.781/DF, known as the "Fake News Inquiry" - or "the end of the world inquiry" - is a striking example of this discussion. On the one hand, there are those who argue that the Brazilian Federal Supreme Court (STF) initiative aims to combat threats to the integrity of democratic institutions and the spread of disinformation, which would legitimize combative action. On the other hand, the way in which the investigation was set up and conducted, and its constitutionality, has been criticized in the sense that the investigation represents a heterodox judicial intervention that goes beyond the traditional limits of the judiciary. In view of this, this paper aims to analyze the complex challenge of balancing the defense of democracy (militant democracy) against abusive constitutionalism with the preservation of the principles of the rule of law and respect for the limits assigned to the exercise of judicial power.

Keywords: Militant Democracy; Abusive Constitutionalism; Judicial Abuse; Limits; Fake News Inquiry.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF/88	Constituição Federal da República
HC	Habeas Corpus
Inq.	Inquérito
PGR	Procuradoria-Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO	13
2.1	FORMAS DE MANIFESTAÇÃO	17
2.1.1	Emendas Constitucionais	17
2.1.2	Substituição Constitucional	18
2.2	REVIRAVOLTA: O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO JUDICIAL (UMA EXPRESSÃO DO ATIVISMO)	20
2.2.1	Definindo o Constitucionalismo Abusivo Judicial	22
2.2.2	Principiologia e Abusos Inconstitucionais	28
2.2.3	O Abuso <i>Supremo</i> e o Véu da Constitucionalidade Aparente	30
3	DEMOCRACIA MILITANTE E O SUPERPODER JUDICIÁRIO	34
3.1	ORIGEM DO CONCEITO DE DEMOCRACIA MILITANTE	35
3.1.1	A Democracia Militante Contra a Prática do Constitucionalismo Abusivo	36
3.1.2	A lógica Anti-extremista e a Legitimação da Autofagia Democrática: Críticas à Teoria da Democracia Militante	38
3.2	A TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NO BRASIL	41
3.2.1	A Crise Democrática Recente	42
3.2.2	O Papel Militante dos Tribunais Superiores	44
4	ENTRE DEMOCRACIA MILITANTE E CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO INQUÉRITO 4781/DF	47
4.1	O DEBATE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INQUÉRITO	48
4.1.1	Confusão Entre Acusador e Julgador: Resgate do Sistema Inquisitorial	49
4.1.2	O STF como um Tribunal Exceção?	52
4.1.3	Contra Tudo e Quase Todos	53
4.2	O PARADOXO DEMOCRÁTICO E A LEGITIMAÇÃO DA ABUSIVIDADE JUDICIAL	55

4.3 O DESAFIO DE CONCILIAÇÃO DA AUTODEFESA DEMOCRÁTICA E A VEDAÇÃO AO ABUSO JUDICIAL	57
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

As constituições produzidas na segunda metade do século XX, pós-Segunda Guerra Mundial, refletiram uma intensa desconfiança em relação aos poderes representativos tradicionais e apostaram no protagonismo judicial como forma de proteger os direitos e garantias fundamentais, especialmente de grupos minoritários. Esse período histórico testemunhou os horrores do autoritarismo e do totalitarismo, o que levou muitos constituintes a adotar uma abordagem mais restritiva em relação ao poder do Estado.

Para evitar a repetição dos abusos do passado, essas constituições “neonconstitucionalistas” conferiram maior autoridade aos tribunais e à jurisdição constitucional. A ideia por trás desse movimento era criar um contrapeso às decisões dos atores políticos, personagens vulneráveis aos apelos populistas, permitindo que os tribunais atuassem como guardiões dos direitos fundamentais e fiscalizassem a conformidade das leis com as normas constitucionais.

É daí, também, que surgem teorias da democracia militante, ou defensiva – embora não sejam tratadas como sinônimos -, que derivam da angústia alemã com o êxito da instauração do regime nazista, e se mostram como um esforço para desenvolver mecanismos que permitem a democracia se autodefender, especialmente contra práticas do constitucionalismo abusivo. Essas teorias da democracia militante reconhecem que a democracia não é imune a potenciais abusos ou desvios de poder, e pior, que quando exercida de forma radical, não somente não dispõe de meios para se autoprotoger contra as investidas autoritárias, como é capaz de fornecer mecanismos para a sua própria degradação.

Nesse sentido, embora a democracia militante seja marcada por um paradoxo, afinal, é legitimada a mitigação da democracia como um meio necessário à sua proteção, emerge como um potencial solução para as práticas do constitucionalismo abusivo, uma vez que o fenômeno é marcado pela manipulação de mecanismos da democracia constitucional com vistas à sua própria destruição. Assim, por ser a prática abusiva utilizada para o avanço de líderes políticos autoritários, o Poder Judiciário emerge como um “gigante” imparcial investido na capacidade, e no dever, de proteção do regime democrático. No entanto, o cenário pode assumir contornos imprevisíveis e mais perversos quando este terceiro Poder, cujas decisões são encobertas pelo véu da constitucionalidade aparente, passa a figurar como sujeito ativo na prática do constitucionalismo abusivo (judicial).

O constitucionalismo abusivo judicial, portanto, refere-se à prática do Poder Judiciário em que os princípios jurídicos e as leis constitucionais são deturpados para favorecer a

subjetividade dos juízes em detrimento da legislação e da Constituição, resultando em um exercício ilegítimo da jurisdição constitucional. Nesse contexto, os juízes suspendem os compromissos democráticos estabelecidos pelo Direito substituindo-os por sua própria subjetividade e discricionariedade.

Deve-se registrar, sobretudo, a preferência pelo uso do termo “constitucionalismo abusivo judicial” em detrimento da expressão “ativismo judicial” que, embora mais consolidada, tem sido permeada por ambiguidades e uma pluralidade de significados, ora utilizada para defender uma postura legítima e mais proativa dos Tribunais, ora para caracterizar o exercício ilegítimo da jurisdição constitucional. O constitucionalismo abusivo judicial não possui uma face positiva, tudo o que dele resulta é a corrosão da autonomia do Direito e, por consequência, do regime democrático.

Sob estes contornos é que este trabalho pretende analisar a complexa relação entre a proteção do regime democrático, sob a lupa da democracia militante, e o risco de legitimação de outra espécie de abuso: o abuso judicial. No Brasil, a atuação dos Tribunais Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, tem intensificado a discussão sobre os limites do Poder Judiciário e a pretensa legitimidade que estes tribunais teriam para sobrepor as suas decisões àquelas derivadas dos poderes representativos, especialmente quando as decisões judiciais refletem uma atuação subjetivista e abusiva nos julgadores.

Neste cenário, o Inquérito das Fake News (Inq. 4.781/DF), iniciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), suscitou controvérsias consideráveis em relação à sua constitucionalidade e desencadeou debates significativos acerca dos limites da justificativa da democracia militante para respaldar a atuação judicial que foge dos padrões convencionais. O inquérito, ao ser instaurado pela Corte, foi percebido por alguns como uma resposta às ameaças à integridade das instituições democráticas e à disseminação de informações falsas e difamatórias na esfera digital.

No entanto, críticos argumentam que essa atuação, apesar de supostamente manifestarem boas intenções, no que se refere aos efeitos sociais pretendidos, pode ser vista como uma intervenção judicial heterodoxa que ultrapassa os limites tradicionais do Poder Judiciário. O caso destaca a complexidade da busca pelo equilíbrio entre a defesa da democracia e a necessidade de preservar os princípios do Estado de Direito e respeitar os limites do sistema jurídico, o que será analisado e discutido neste trabalho.

2 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

O termo “constitucionalismo abusivo” foi utilizado pela primeira vez por David Landau para caracterizar o uso indevido de mecanismos de mudança constitucional com vistas a tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes (Landau, 2013, p. 195). Segundo o professor norte-americano, por intermédio deste movimento governantes e partidos políticos se utilizam de suas prerrogativas para a realização de mudanças constitucionais que dificultam a alternância do poder e enfraquecem as instituições que exercem controle sobre os seus atos, instrumentalizando, de forma abusiva, as ferramentas do constitucionalismo.

Sabe-se que o conceito de constitucionalismo, desde a antiguidade, remete à ideia de limitação de poder estatal. Dirley da Cunha Júnior (2022, p. 38) anota ser o constitucionalismo um movimento político e filosófico, pautado em ideais libertários, que buscou a instauração de um modelo de organização política voltado à limitação do poder dos governantes e respeito aos direitos e garantias dos particulares. Assim, o movimento constitucionalista, desde as suas raízes, se desenvolveu a partir da necessidade de estabelecimento de limites ao poder estatal.

Embora a gênese do constitucionalismo não esteja associada, em seus primórdios, à presença de constituições escritas, quando estas finalmente surgem de forma expressa, produzidas por um poder constituinte originário, cria-se um outro poder constituinte que lhe é derivado. Este segundo poder constituído é investido da capacidade de reforma da Constituição, cujas alterações subordinam-se, contudo, aos limites impostos por aquele primeiro. Isto é, o exercício do poderio estatal direcionado à alteração do texto da Constituição não pode afrontar os preceitos do constitucionalismo democrático instituídos pelo poder originário (Barboza; Irbil Filho, 2018, p. 87).

Observa-se que esta construção dos limites ao poder estatal, especialmente a partir do reconhecimento da supremacia das constituições, é reflexo do movimento constitucionalista desenvolvido pós Segunda Guerra Mundial, no que se chama de “neoconstitucionalismo” (Cunha Júnior, 2022, p. 41). A partir deste novo momento, seja sob uma perspectiva histórica de superação do autoritarismo nazista, seja sob uma perspectiva jurídica pós-positivista, países com recente histórico democrático, construído sob a categoria de Estado Constitucional de Direito – em superação ao legalismo autocrático -, não mais toleram golpes de estado e regimes ditatoriais explícitos que violem manifestamente os textos constitucionais.

Porém, a ausência, ou pelo menos a mitigação, de pretensões ditatoriais expressas não representa a inexistência de ditadores. Nas democracias modernas, governos com tendência

autoritária promovem o enfraquecimento do regime através de medidas pontuais encobertas por uma legalidade e constitucionalidade aparentes. Seria, então, este aformoseamento das pretensões abusivas que permitiria o desenrolar de governos autoritários de forma livre e alheia a sanções internacionais (Azevedo, 2021, p. 151).

Nas palavras de Ilton Noberto Filho e Estefânia Maria Barboza (2018, p. 85):

Embora a comunidade internacional sancione golpes de Estado que derrubam governos, quando os Presidentes da República e sua coalização alteram radicalmente as constituições dentro de procedimentos constitucionais sem compromisso com o constitucionalismo democrático e liberal (controle sobre o exercício do poder político, separação dos poderes e garantia das diversas dimensões dos direitos fundamentais) não sofrem medidas eficientes de *accountability* pela comunidade internacional.

Em outras palavras, o moderno processo de enfraquecimento democrático não ocorre de forma ostensiva e manifesta, isto é, não há uma radical e imediata alteração do regime democrático para um autoritarismo. Esta é a característica essencial para identificar o constitucionalismo abusivo. Neste movimento, a erosão da democracia ocorre em grau e em pelo menos duas dimensões: i) fiscalização vertical e horizontal dos líderes eleitos, uma vez que no constitucionalismo abusivo é mitigada a capacidade de fiscalização do poder pelas instituições democráticas; e ii) a ausência de proteção a direitos de grupos minoritários que estão fora do centro de poder, posto que o contexto de constitucionalismo abusivo, a relativa ausência de fiscalização e a falta de proteção aos direitos da minoria estão associadas a modificações constitucionais e Constituições aparentemente democráticas (Landau, 2013, p. 200).

Nesse sentido, ao descrever o modo de atuação dos líderes no contexto do constitucionalismo abusivo, Luís Roberto Barroso (Brasil, 2022, p. 15) assinala haver neste fenômeno uma tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes não compatíveis com os propósitos do governante autoritário. É que os líderes, personagens carismáticos e eleitos pelo voto popular, atuam mediante o desmonte de órgãos ou instituições de controle e a rejeição de discursos protetivos de direitos fundamentais, dentre outras práticas que caracterizam a abusividade de seu poder.

Destaca-se, contudo, que a utilização da categoria jurídica “constitucionalismo abusivo” não deve estar atrelada a toda e qualquer deficiência na democracia gerada pelo emprego de instrumentos e técnicas constitucionais. Por certo, existem inconstitucionalidades sobre as quais o Judiciário se depara e representam infrações cujo controle é exercido sem maiores dificuldades. Contudo, outras inconstitucionalidades afetam a democracia constitucional de

forma mais gravosa e estrutural, de modo que as próprias bases democráticas ficam fragilizadas e o controle judicial, nesses casos, se mostra de forma mais tímida (Barboza; Filho, 2018, p. 87). É nesta segunda hipótese que está situado, portanto, o constitucionalismo abusivo.

De modo semelhante ao que se entende como constitucionalismo abusivo, Scheppele (2016, p. 12) chama de *democratura* a forma pela qual os ditadores do século XXI promovem um regime que se desvia da democracia liberal e constitucional em direção a uma ditadura sutil, por meio de golpes de Estado mais suaves. No que o autor identifica como “golpes de Estado constitucionais”, não há uma ruptura radical com o regime anterior, tampouco uma quebra da legalidade. Pelo contrário, os líderes políticos, aspirantes a ditadores, mantêm as aparências constitucionais e continuam a realizar eleições e manter ou produzir novas constituições, de modo que a comunidade internacional não identifica, de logo, a fuga dos trilhos democráticos.

Ou seja, através de ações perfeitamente constitucionais, num primeiro momento, os líderes podem alcançar um resultado substancialmente anticonstitucional e transformar um Estado democrático de direito em uma autocracia, sem que sequer aparentem violar à Constituição. Segundo explica Scheppele (2016, p. 15), os governantes assumem as suas funções sob constituições hostis, isto é, constituições que estabelecem poderes controlados e separados que garantem um Poder Judiciário independente e criam instituições de transparência para travar o exercício abusivo do poder. Porém, diante da necessidade de enfraquecer este emaranhado de limitações, o líder se empenha em promover mudanças constitucionais e institucionais para consolidar rapidamente o seu poder.

Desse modo, os regimes autoritários competitivos ou “híbridos” tendem a manter características estruturais que remetem à democracia, tal como a separação de poderes. Contudo, os mecanismos de mudanças constitucionais utilizados pelos líderes políticos são direcionados ao enfraquecimento das instituições de controle e da participação oposicionista nos centros de poder, o que permite a construção de um campo de jogo desigual e que lhes é mais favorável (Landau, 2013, p. 214).

Considerando o *modus operandi* das lideranças no constitucionalismo abusivo, o recorte utilizado por Landau (2013, p. 191) para a identificação e caracterização das práticas consideradas abusivas tem como plano de fundo cenários políticos de países como a Colômbia, Venezuela e Hungria. Nestes países, a utilização distorcida de instrumentos constitucionais induziu à criação de um âmbito de legitimação de governos autoritários, seja através de alteração no texto das constituições, seja através da criação de novas constituições.

Assim, no contexto do constitucionalismo abusivo, é estabelecido, *a priori*, uma espécie de regime híbrido, uma vez que a relativa ausência de fiscalização do poder pelas instituições e órgãos de controle, e a falta de proteção aos direitos das minorias, estão associadas, normalmente, a modificações constitucionais e constituições aparentemente democráticas. É comum, portanto, que as novas constituições produzidas – ou reformadas-, por fragilizarem estas dimensões de controle e garantia de direitos, unam aspectos da democracia liberal ao autoritarismo.

Ao observar o contexto brasileiro, embora não seja possível apontar pretensões autocráticas que lograram êxito de forma estrutural através do constitucionalismo abusivo, a importação do termo para o país ocorreu de forma a identificar práticas abusivas episódicas e minar a sua capacidade de afetar a estrutura democrática. Foi sob este argumento que o Ministro Luís Roberto Barroso, na ADPF 622/DF, proferiu decisão liminar, posteriormente confirmada pelo colegiado da Corte, para sustar os efeitos do Decreto Presidencial nº 10.003/2019.

Na ação, proposta pela Procuradoria Geral da República, alegou-se o esvaziamento da participação da sociedade civil no Conselho Nacional da Criança e do Adolescente. Esse esvaziamento teria ocorrido através de alterações das normas sobre a constituição e o funcionamento do Conselho que teriam resultado na destituição imotivada de todos os membros no curso do mandato. No julgamento da liminar, o então Ministro relator Luís Roberto Barroso (Brasil, 2021, p. 03) destacou o constitucionalismo abusivo:

O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático. (Brasil, 2021, p. 03)

Desse modo, deve-se entender o constitucionalismo abusivo, tanto em sua teoria original proposta por Landau, quanto na forma recepcionada no contexto brasileiro, como o uso indevido de mecanismos constitucionais pelo poder político – Executivo e Legislativo -, visando enfraquecer a democracia. Isso envolve a realização de mudanças na Constituição que dificultam a alternância de poder e minam as instituições de controle, enquanto aparentemente respeitam a legalidade e a constitucionalidade. Em essência, o constitucionalismo abusivo é uma estratégia para minar a democracia de forma dissimulada.

2.1 FORMAS DE MANIFESTAÇÃO

Em países nos quais se verifica a prática do constitucionalismo abusivo, os métodos formais de mudança da Constituição – emenda e substituição constitucionais – se convertem em instrumentos para presidentes e partidos políticos estabelecerem e consolidarem governos com pretensão de perpetuidade. Trata-se de estratégias sutis e dissimuladas que minam a democracia e enfraquecem as instituições de controle.

Isto porque a manutenção de governantes no poder estatal de forma antidemocrática não mais ocorre através de golpes formais de Estado. A autocracia moderna se concretizaria através de um modelo deturpado de constitucionalismo no qual partidos políticos majoritários, coalizões partidárias e presidentes se utilizam, por exemplo, de emendas para a aprovação de alterações constitucionais com a finalidade de possibilitar reeleições não previstas pelo constituinte originário para o cargo de Chefe do Poder Executivo (Barboza; Filho, 2018, pág. 84).

Porém, não somente como ferramenta de presidentes autoritários para perpetuação do poder, os processos formais de alteração constitucional também podem se mostrar como instrumentos do Legislativo para diminuir o âmbito de atuação do Poder Executivo e, por conseguinte, mitigar a sua influência no jogo político (Barboza; Filho, 2018, pág. 86). Diante desta maleabilidade negativa dos instrumentos constitucionais, uma vez ameaçada a relação de dependência forçada e pretensa harmonia entre os poderes representativos, a competição entre eles gera uma forte instabilidade democrática e fomenta o constitucionalismo abusivo como um meio de usurpação de poder e enfraquecimento do sistema de controles recíprocos.

2.1.1 Emendas Constitucionais

Dentre os meios formais de alteração da Constituição, existe o processo de emenda constitucional. Uma vez exercido por um poder constituído, e não mais originário, a reforma das normas constitucionais está sujeita a uma série de limitações, especialmente diante de constituições de caráter rígido. No Brasil, a Carta Magna de 1988 estabelece um procedimento mais rigoroso para a alteração dos dispositivos constitucionais, dispondo o seu texto de restrições tanto circunstanciais quanto formais e materiais (Cunha Júnior, 2022, p. 243).

No que se refere às limitações materiais, criou-se uma espécie de núcleo irreduzível da Constituição mediante a consagração de cláusulas de perpetuidade. Embora haja discussões

doutrinárias acerca da legitimidade do estabelecimento de cláusulas pétreas, em uma suposta perspectiva universalista e atemporal das disposições do poder constituinte originário, admite-se a justificativa de preservação do núcleo essencial da Constituição contra pretensões de mudanças institucionalizadas (Branco; Mendes, 2019, p. 120).

No entanto, para David Landau (2013, pág. 194), essa espécie de “rigidez seletiva”, com a previsão de maior rigurosidade para a realização de alterações constitucionais que podem levar ao constitucionalismo abusivo, cumpre uma função mais simbólica do que prática. Segundo explica o autor, dificilmente o constituinte originário conseguirá envolver todos os elementos vulneráveis de uma democracia constitucional sem que produza uma Constituição extremamente rígida e, assim, as disposições selecionadas como cláusulas pétreas tendem a proteger normas como a dignidade humana, que dificilmente serão alvo de regimes constitucionais abusivos.

Um emblemático exemplo identificado por Landau (2013) da prática abusiva por meio de emendas constitucionais ocorreu na tentativa de exercício de mandato tríplice por Alvaro Uribe, na Colômbia. Após vencer as eleições de 2002, Uribe contava com uma popularidade destacada em razão da percepção de ter sido o responsável pela queda da violência no país. Findo o tradicional período de um único mandato no governo, o Presidente aproveitou o seu bom momento do Congresso, aliado à baixa rigidez no processo de reforma constitucional, e aprovou uma emenda constitucional que lhe permitiu o exercício de um segundo mandato. Até então, esta prática não foi considerada abusiva.

No entanto, embora a ideia de um segundo mandato tenha sido considerada uma prática comum pela Corte Constitucional da Colômbia, alinhando-se com modelos internacionalmente adotados, a mesma abordagem se repetiu em uma tentativa de estender o mandato de Uribe para três termos consecutivos. Neste cenário, a Corte determinou que a consolidação da Presidência durante um terceiro mandato poderia enfraquecer as instituições democráticas e, como resultado, declarou a emenda que permitiria a Uribe concorrer a um terceiro mandato como inconstitucional. Esse episódio marcou um momento no qual o Judiciário teria reagido vigorosamente ao constitucionalismo abusivo. (Landau, 2013, p. 202).

2.1.2 Substituição Constitucional

Diferente do processo de emenda, o constitucionalismo abusivo praticado por intermédio da substituição constitucional envolve um trabalho mais ardiloso dos líderes

autoritários, uma vez que o procedimento de substituição – originar uma nova Constituição - reflete a atuação do poder constituinte originário após ser chamado a inovar na ordem jurídico-constitucional. Este poder originário se manifesta como expressão da vontade política de uma nação, de modo que a sua natural inicialidade, isto é, em razão de originar um novo ordenamento jurídico, torna o poder constituinte ilimitado e autônomo, não sendo condicionado e subordinado à ordem jurídica que existia anteriormente (Branco; Mendes, 2019, p. 102).

Nesse caso, a substituição constitucional ultrapassa o âmbito de mera reforma do texto e adentra na atividade de criação de uma nova ordem jurídica. A constituição que surge desse processo não somente altera os dispositivos anteriores, mas os substitui (Cunha Júnior, 2022, p. 239). Ocorre que, no contexto de constitucionalismo abusivo, o poder do povo pode ser manipulado e utilizado como instrumento de regimes autoritários, e o processo de elaboração de uma nova constituição passa a perseguir interesses antidemocráticos.

A título de exemplo, Landau (2013, p. 204) se utiliza do cenário político que se construiu na Venezuela após a eleição de Hugo Chávez para presidente, em 1998. Com o cumprimento da agenda prejudicado em razão do domínio da oposição sobre as instituições, Chávez propôs um referendo para decidir sobre a realização, ou não, de eleições para uma Assembleia Constituinte, argumentando que a Constituição venezuelana precisava ser substituída e era o “povo” quem detinha este poder.

A Suprema Corte venezuelana aprovou a proposta de Chávez, afinal, ao povo pertencia o poder constituinte original, de modo que caberia ao público optar por eventual substituição da ordem jurídica vigente. Porém, a virada de chave ocorreu quando as regras para a eleição da Assembleia foram ditadas pelo então Presidente Hugo Chávez, que conseguiu com que o seu partido ocupasse 90% dos assentos da nova Assembleia Constituinte. Nesse cenário, a nova Constituição promulgada legitimou o governo de Chávez por mais 12 anos, uma vez que o seu texto ampliava o prazo de mandato presidencial de 04 para 06 anos, com a possibilidade de renovação antes não existente (Landau, 2013, p. 207).

Mas não somente isso, o novo plano constitucional criou um único centro de poder focado no chefe do Executivo e transformou o sistema presidencialista venezuelano em um dos mais fortes da América Latina. A suspensão do Congresso, o fechamento da Suprema Corte e o esvaziamento de instituições compostas pela oposição ao governo promoveram a consolidação de um regime autoritário competitivo que não mais dispunha de limites temporais de mandato. Assim, através da instigação ao exercício do poder pelo próprio povo, Chávez

promoveu uma derrocada democrática e somente deixou a presidência com a sua morte, no ano de 2013 (Landau, 2013, p. 209).

Nesse sentido, as práticas do constitucionalismo abusivo, derivadas do exercício irregular da legitimidade para alterar ou substituir a ordem constitucional, denotam uma atuação insidiosa dos Poderes Legislativo e Executivo em direção a um regime menos democrático. Justamente por ser um autoritarismo híbrido, intermediado pelo uso de mecanismos assegurados pelo próprio Estado democrático-constitucional, é que o controle exercido pelo Judiciário sobre tais atos é dificultoso e assume um caráter mais repressivo do que preventivo. Porém, para além disso, existe, ainda, uma outra face do constitucionalismo abusivo que produz efeitos tão perversos quanto aqueles previstos originariamente por Landau: o constitucionalismo abusivo judicial.

2.2 REVIRAVOLTA: O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO JUDICIAL (UMA EXPRESSÃO DO ATIVISMO)

Do ponto de vista histórico, o conceito de ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez na década de 40, no artigo *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista norte-americana *Fortune*. O historiador e jornalista Arthur Schlesinger teria cunhado o termo para distinguir o perfil dos juízes na Suprema Corte dos Estados Unidos, classificando-os em juízes ativistas (*judicial activists*), cujas decisões estariam voltadas à garantia de direitos, e juízes campeões do auto-comedimento (*champions of self restraint*), que entendiam não ser um dever exclusivo do Judiciário, mas também dos outros Poderes, a concretização de objetivos sociais, limitando o âmbito de atuação da Suprema Corte (Tassinari, 2012, p. 52).

Entretanto, Luiz Flávio Gomes (2009, p. 01) acentua que no contexto brasileiro o conceito de ativismo judicial cunhado por Schlesinger mais se assemelha à simples judicialização das demandas sociais, do direito considerado, do que ao fenômeno ativista. Nesse sentido, um dos problemas da importação do conceito de ativismo dos Estados Unidos para o Brasil reside justamente na ausência de um debate crítico sobre o tema. Nas palavras de Tassinari (2013, p. 15):

O problema é que, diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, aqui, a atuação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização (isto é, por um rigoroso debate acadêmico), no sentido de que, dos contributos trazidos pelos juristas norte-americanos, apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou se criando

um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade.

Essa recepção acrítica da ideia de ativismo judicial, e a difusão do termo como um conceito indeterminado que tudo pode significar, seja entre leigos, seja entre os próprios juristas, têm provocado o uso indevido da expressão e uma conseqüente confusão teórica no que se refere à identificação do fenômeno ativista.

Há quem defenda o ativismo judicial como uma atuação legítima do Poder Judiciário face à omissão dos demais Poderes, enquanto outros atribuem uma conotação sempre negativa ao fenômeno, identificando o ativismo como uma indevida usurpação de competências. Existem, ainda, aqueles que identificam dois tipos de ativismo judicial: o positivo, representado por uma atuação proativa do Judiciário de acordo com as exigências sociais; e o negativo, entendido como a extrapolação das atribuições conferidas ao órgão julgador pela Constituição (Peixoto, 2022, p. 211-212)

Lenio Luiz Streck (2016, p. 724), por exemplo, conceitua o ativismo como uma espécie de behaviorismo judicial, porquanto observado no comportamento do magistrado e dos tribunais diante da questão judicializada. Para o professor, o ativismo judicial denota uma atuação subjetivista e discricionária do julgador que pauta as suas razões de decidir em critérios pessoais e não universalizáveis para casos semelhantes. Desse modo, o ativismo resultaria numa verdadeira usurpação de competências pelo Judiciário, uma vez que o Direito posto não constrange a atividade do magistrado, e a sua subjetividade passa a se sobrepor à vontade do legislador.

Seguindo esta linha de entendimento, o ativismo judicial envolveria, essencialmente, o exercício ilegítimo da jurisdição constitucional sob dois aspectos: o aspecto argumentativo-decisório, uma vez que as razões da decisão ativista refletem meramente a subjetividade do julgador, ainda que travestida de fundamentos jurídicos; e o aspecto funcional, pois o ativismo denota uma atuação insidiosa e discricionária do Poder Judiciário que substitui a lei e a Constituição pela própria decisão ativista (Abboud, 2022, p. 73).

Porém, no Brasil, o conceito de ativismo judicial não encontra consenso. Carlos Alexandre Campos (2014, p. 94), em sua abordagem multidimensional do ativismo, entende que o núcleo comportamental do fenômeno ativista consiste na expansão do poder decisório dos tribunais sobre determinada organização sociopolítica constitucionalmente estabelecida. Em outras palavras, conforme a sua concepção, o fenômeno ativista não está relacionado à

atividade hermenêutica do intérprete, mas ao exercício expansivo do poder decisório da Corte na medida em que se aumenta o *quantum* de questões levadas ao Judiciário.

Essa percepção associa o ativismo ao posicionamento mais proativo do Poder Judiciário, especialmente das Supremas Cortes e Cortes Constitucionais, diante da ampliação de seu âmbito de atuação e maior demanda quanto ao atendimento das necessidades sociais. Assim, criada uma espécie de “bom” ativismo, o fenômeno teria a sua face positiva voltada a permitir que o julgador extraia “o máximo das potencialidades do texto constitucional” e garanta a concretização de direitos (Cortês, 2010, p. 558).

Porém, conforme ressalta Richard Kim (2015, p. 502), “se o exercício da atividade jurisdicional é legítimo, não existirá razão a ensejar uma denominação àquilo que é regular, ordinário”. Em outras palavras, o ativismo judicial não se presta a definir uma atuação ordinária do julgador no legítimo exercício da jurisdição constitucional, ainda que diante de uma postura mais “proativa” do Judiciário. Pelo contrário, o ativismo ocorrerá quando houver um exercício ilegítimo e arbitrário da jurisdição, em nítida violação aos limites impostos ao poder exercido.

Assim, diante dessa pluralidade de concepções sobre o fenômeno ativista, a problemática instaurada de forma mais recente no contexto brasileiro consiste na difusão atécnica - e um certo apego emocional - ao conceito de ativismo, razão pela qual George Abboud (2022, p. 24) reconhece haver uma poluição semântica e um conseqüente obscurecimento sobre o que representa, de fato, o ativismo judicial. A expressão tem conquistado diversos setores da sociedade, especialmente no contexto de contenda política, e se enraizou no senso comum como uma forma de direcionamento de críticas generalizadas às decisões dos tribunais superiores, sejam elas no legítimo exercício da jurisdição constitucional ou não, uma vez que o critério para a crítica se insere no juízo de conveniência do apreciador.

Nesse sentido, o conceito de ativismo judicial, ora associado a uma postura legítima de juízes e tribunais militantes, ora relacionado ao exercício irregular da jurisdição constitucional, tem permitido variadas interpretações sobre as decisões judiciais de modo a dificultar um consenso teórico sobre o que, de fato, caracteriza uma decisão ativista. Daí decorre que diante desta imprecisão conceitual e confusão teórica quanto à identificação e caracterização do ativismo, a nomenclatura “constitucionalismo abusivo judicial” se apresenta como uma expressão alternativa menos aberta a ambigüidades terminológicas.

2.2.1 Definindo o Constitucionalismo Abusivo Judicial

Embora o fenômeno do constitucionalismo abusivo esteja originariamente relacionado à extrapolação autoritária dos poderes representativos do Estado, por meio de processos de alteração formal das constituições, não esporadicamente o Poder Judiciário atua à deriva dos limites legais e constitucionais, razão pela qual é possível identificar, também neste Poder, a prática do constitucionalismo abusivo (judicial).

O constitucionalismo abusivo judicial será utilizado, portanto, para caracterizar práticas do Poder Judiciário que desaguam no exercício ilegítimo da jurisdição constitucional a partir do desvirtuamento de mecanismos do próprio direito constitucional, tais como os princípios jurídicos, de modo a fazer prevalecer a subjetividade dos julgadores em detrimento da lei e Constituição. Na prática judicial abusiva, “os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade” (Abboud, 2022, p. 28), de modo que a Constituição, princípios e demais valores irradiados pela interpretação do seu texto se tornam instrumentos de defesa de posições pessoais dos juízes.

Ao investigar as raízes do problema, o otimismo do movimento neoconstitucionalista e a crença nas “virtudes taumatúrgicas do Judiciário” (Amado, 2007, p. 03) parece ser um pontapé inicial para a discussão. O neoconstitucionalismo depositou nos juízes o poder-dever de concretização de direitos e garantias constitucionais por intermédio de um sistema de normas abertas, em uma pretensa superação ao positivismo exegético-legalista. Observa-se que embora o Brasil tenha ingressado tardiamente nesse novo momento constitucional, aderiu, na Constituição de 1988, ao constitucionalismo compromissório e dirigente voltado à efetivação do regime democrático com grande aposta no protagonismo judicial (Streck, 2020, p. 250).

De modo geral, as novas constituições que resultaram deste neoconstitucionalismo demonstraram uma clara desconfiança quanto ao majoritarismo político e à sua tendência ao estrangulamento de direitos fundamentais de interesse minoritário. O jurista alemão Robert Alexy (2008, p. 446) reconheceu que as decisões concernentes à garantia dos direitos fundamentais não podem ser deixadas tão somente para o parlamento. Em suas palavras:

Uma possível perspectiva ou ideia-guia seria um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

Daí porque como resultado dos mecanismos de *check and balances*, e da constitucionalização de direitos, é atribuído ao Judiciário, e mais especialmente às Supremas Cortes e Cortes Constitucionais, a dita função contramajoritária (Koerner; Maciel; 2002, p.

114). Com base nisso, no cenário brasileiro, sob o manto da guarda da Constituição, da defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais, os ministros do Supremo Tribunal Federal “podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática”, ao que se nomeia de “dificuldade contramajoritária”. (Barroso, 2015, p. 36).

Não há, contudo, uma desvalorização desta função contramajoritária da Corte. Pelo contrário, é essa desvinculação dos ministros do Supremo aos apelos populistas e às vozes das ruas que lhes confere maior liberdade para aplicar o direito posto, ainda que desagrade a maioria. Porém, e é aqui que surgem os riscos, a submissão da Corte às pressões sociais e políticas, numa pretensão de concretização de valores inobservados – e por vezes propositadamente – pelos Poderes representativos, promove o desvirtuamento ativista da jurisdição constitucional (Abboud, 2022, p. 21).

Sabe-se que o regime democrático pressupõe, em sua essência, limites funcionais para aqueles que representam o poder do Estado. No âmbito judicial, a relevância dos limites impostos aos julgadores é engrandecida especialmente em razão da ausência de representatividade popular neste poder. Partindo deste ponto, Elival Ramos (2015, p. 123) adverte que “a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional”.

O Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal, deve resguardar o processo democrático, de modo que o exercício de preferências políticas em detrimento da aplicação de princípios constitucionais – ressalto, ou mesmo sob pretexto de aplicá-los -, desqualifica a própria atuação e caracteriza o abuso das suas prerrogativas (Barroso, 2005, p. 41). Essa extrapolação criativa e funcional do julgador macula a autonomia da jurisdição, incapaz de estabelecer limites ao seu exercício, e o resultado que dela decorre é, inevitavelmente, a corrosão da separação entre os poderes.

É nesse contexto que se reconhece a possibilidade de abusos praticados a partir de processos informais, e aparentemente legítimos, de modificação das constituições pelo Judiciário. Segundo Anna Cândida Ferraz (1986, p. 13), não dificilmente os limites impostos ao poder constituinte difuso para realização da mutação constitucional são ultrapassados e resvalam mudanças inconstitucionais sobre as quais o controle de constitucionalidade não tem eficácia ou sequer existirá. Nesse caso, a Corte Constitucional, que no plano do *dever-ser* se prestaria a figurar como barreira protetora da tirania populista, passa ela própria a praticar

abusos interpretativos e decisórios encobertos por uma aparente constitucionalidade, em ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Cumprindo observar, o abuso oriundo do Poder Judiciário, mais propriamente do Supremo Tribunal Federal, tem em sua gênese o conflito entre a vontade do magistrado, como intérprete e aplicador do Direito, e a norma posta pelo Poder Legislativo, representante da vontade popular¹. O problema decorrente deste conflito começa a ganhar forma de abusividade quando a lei - aprovada democraticamente – perde espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei” (Streck, 2013, p. 30).

Partindo deste ponto, e a fim de estabelecer uma linha de intersecção entre o “*Abusive Constitutionalism*”, de David Landau (2013), e o que se chama de “constitucionalismo abusivo judicial”, deve-se analisar os elementos que caracterizam o “o quê”, “como” e o “para quê” em ambas as teses.

Ao tratar do “o quê”, cumpre identificar, novamente, o que representa e significa cada um dos fenômenos. Conforme visto, o constitucionalismo abusivo, segundo o professor norte-americano, caracteriza a utilização desvirtuada de métodos de mudanças formais da Constituição – emenda e substituição constitucionais - de modo a tornar um Estado significativamente menos democrático. Nesse contexto, embora as Constituições resultantes deste processo pareçam, ainda, democráticas, os seus textos são substancialmente reformulados e estas se tornam instrumentos de poder de poderosos líderes e partidos políticos (Landau, 2013, p. 195).

O constitucionalismo abusivo judicial, por sua vez, será utilizado para caracterizar práticas do Poder Judiciário que desaguam no desvirtuamento da jurisdição constitucional, especialmente a partir da extrapolação interpretativa de princípios constitucionais bem como a criação de novos enunciados *ad hoc*, de modo a fazer prevalecer a subjetividade dos julgadores

¹ Reflexo da tensão existente entre o STF e o Poder Legislativo em razão da atuação da Corte foi a propositura da PEC 53/2023, pelo Deputado Domingos Sávio (PL/MG) e outros, que "Altera o art. 49 da Constituição Federal para estabelecer competência ao Congresso Nacional para sustar, por maioria qualificada dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado, que extrapole os limites constitucionais. ". Na justificativa, argumentou-se que “se o Supremo Tribunal Federal, de forma controversa decide e julga contrariando a própria Constituição e, portanto, a ampla maioria dos representantes do povo, o estado democrático de direito é colocado em risco”. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2335532&filename=PEC%2050/2023 Acesso em: 02 de out de 2023.

Além destas, as PECs 8 e 51/2023 demonstram uma tentativa parlamentar de diminuir os poderes do Supremo, uma vez que a primeira limita as decisões monocráticas nos tribunais, e a segunda restringe a quinze anos os mandatos dos ministros do STF, além de alterar o processo de escolha dos membros da Corte e dos demais tribunais superiores. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/10/05/alem-de-decisoes-monocraticas-senado-tem-pec-para-limitar-mandatos-no-stf>. Acesso em: 06 de out de 2023.

em detrimento da lei e Constituição. Neste caso, o ponto de intersecção entre ambas as teorias consiste na objetificação da jurisdição e dos mecanismos constitucionais para a persecução de interesses particulares - dos líderes políticos ou dos juízes -, o que torna a prática, essencialmente, antidemocrática.

O *modus operandi*, ou seja, o “como”, no constitucionalismo abusivo de Landau refere-se à alteração formal da Constituição. Os poderes Legislativo e Executivo, com capacidade de alteração do texto constitucional positivado, assim o fazem, seja por meio de emendas constitucionais, no processo de reforma pelo poder constituinte derivado reformador, seja por meio da substituição constitucional, na qual se invoca o poder constituinte originário para inaugurar uma nova Constituição (Landau, 2013, p. 195).

No constitucionalismo abusivo judicial, o processo interpretativo, argumentativo e decisório dos juízes, especialmente dos ministros do STF, exercido de forma heterodoxa e contrária aos próprios precedentes, resulta, por vezes, em alteração informal da Constituição – mutação (in)constitucional –, no que se identifica como o *modus operandi* da abusividade no âmbito do Judiciário. Isto porque, assinala Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 456), embora as decisões judiciais não resultem em alterações expressas no texto da Constituição, nos casos de extrapolação interpretativa de dispositivos e princípios constitucionais a Corte passa a se autoreconhecer como poder constituinte reformador e realiza uma autêntica mudança que inaugura um novo direito constitucional.

Enfim, a finalidade e resultado das práticas abusivas caracteriza o “para quê”. Evidente que o produto antidemocrático é inerente a ambas as espécies de constitucionalismo abusivo. Porém, há que se diferenciar que para Landau, em razão dos mecanismos de alteração constitucional serem instrumentalizados em favor de lideranças políticas, tanto a emenda quanto a substituição constitucional são utilizadas pelos governantes autoritários para promoverem o avanço de suas agendas e neutralizarem os opositores nas instituições de poder. Deve-se ressaltar que não se está diante de meras alterações (in)constitucionais, uma vez que o propósito das mudanças das constituições consiste na criação de regimes autoritários ou semiautoritários que dificultem a substituição dos líderes no poder, bem como a fiscalização de seus atos (Landau, 2013, p. 191-194).

No abuso oriundo do Judiciário, por certo a permanência no exercício dos cargos não é objetivo mirado pela prática abusiva, uma vez que os julgadores já são agraciados pela vitaliciedade inerente ao exercício de suas funções. O que se tem no constitucionalismo abusivo judicial é a criação de um novo Direito que funda as suas razões na subjetividade do juiz,

fortalecendo uma espécie de legitimação da discricionariedade judicial (Streck, 2013, p. 95). Isto demonstra que a prática abusiva tende a perseguir a sobreposição e prevalência dos posicionamentos individuais daqueles chamados a decidir o caso concreto, o que é feito a partir da manipulação de conceitos jurídicos e desprezo ao texto de lei.

No âmbito do STF, sobretudo em razão das prerrogativas que lhes são constitucionalmente atribuídas, seja do controle judicial sobre as ações do Legislativo e Executivo, seja da mutação constitucional e do poder de fornecer a última palavra no âmbito judicial sobre questões relevantes para a sociedade, o exercício arbitrário destes “poderes constitucionais” caracteriza a prática do constitucionalismo abusivo (judicial). Nesse sentido, embora não se possa falar em alteração material da Constituição, a distorção de sentido do dispositivo constitucional aplicado provoca uma deformação da obra do poder constituinte originário pelo poder constituído/derivado, em verdadeira mutação inconstitucional (Ramos, 2010, p. 141).

Assim, considerada a possibilidade de abusos praticados por juízes e tribunais, Rosalind Dixon e David Landau (2021, p. 82-84) denominam de “*abusive judicial review*” o fenômeno no qual os juízes, intencionalmente, após serem coagidos ou capturados por atores antidemocráticos no poder, se utilizam da presunção de legitimidade de suas decisões e adotam medidas que violam o núcleo mínimo democrático, ou legitimam, em uma espécie de “carimbo de borracha”, as medidas adotadas pelo poder político. Os autores admitem, contudo, a existência de hipóteses nas quais os magistrados defendam ou adotem ações antidemocráticas fundados numa razão prudencial. Isto é, realizado um cálculo judicial de custo-benefício no qual restaria identificado o “mal menor”, os juízes e tribunais procederiam na tomada de uma decisão antidemocrática a fim de garantir o combate a ameaças futuras mais gravosas à democracia. Nesse caso, os juízes atuariam de boa-fé e não haveria que se falar em abusividade, uma vez ausente a intenção de atingir o núcleo democrático.

Porém, diferentemente da “revisão judicial abusiva”, o constitucionalismo abusivo judicial dispensa a investigação da intenção do juiz no sentido de minar a democracia. O fenômeno abusivo se concretiza a partir do resultado antidemocrático necessariamente produzido em uma decisão que extrapola os limites constitucionais atribuídos à atividade jurisdicional do julgador. A abusividade prescinde de análise da má-fé. Nesses casos, o maior esforço argumentativo e o apelo a conceitos jurídicos indeterminados, além de uma atuação contrária a precedentes do próprio órgão julgador são aspectos que denotam uma atuação subjetivista, no que caracteriza a abusividade judicial. Desse modo, o decisionismo

característico deste processo enfraquece o Direito democraticamente construído e o torna refém da consciência do magistrado.

2.2.2 Principiologia e Abusos Inconstitucionais

O processo de constitucionalização do Direito, com raízes na Europa continental do segundo pós-guerra, catalisou a formulação de normas expressamente denominadas como princípios pelo legislador, assim como a produção de dispositivos que podem facilmente ser intituladas de princípios pelos intérpretes (Comanducci, 1998, p. 96). É que em um primeiro momento os princípios gerais do Direito são imersos no ordenamento jurídico com o propósito de resolver os desafios decorrentes da limitação do modelo exegético-conceitual do positivismo clássico (Streck, 2020, p. 370).

Porém, conforme explica Margarida Maria Camargo (2003, p. 252) o pensamento jusfilosófico pós-positivista passou a viver sob a “constante tensão decorrente do embate entre os pressupostos da ordem e da segurança, de um lado, e da justiça e equidade de outro”. Por um lado, o Estado de Direito deve ter na lei um mecanismo de controle do poder político (segurança); por outro, a concretização de padrões de justiça e maior participação política marcam o novo panorama do Estado Democrático de Direito. Isto demonstraria um contraponto entre a necessidade de um certo formalismo no pensamento jurídico simultânea a um apelo ao subjetivismo sob a égide da democracia e da concretização de direitos.

Juan Antonio García Amado (2007, p. 03), ao identificar as principais teses do neoconstitucionalismo, aponta que neste novo momento as Constituições são concebidas em um caráter iminentemente material e axiológico. Isso significa considerar a existência de uma indeterminação semântica pré-linguística das Constituições, uma vez que a Constituição material não limita o seu conteúdo ao significado de termos e enunciados expressos em seu texto. Nesse sentido, o caráter material seria identificado a partir de um vasto conteúdo substantivo das Constituições a ser preenchido pelas normas denominadas de princípios – ou valores, direitos e diretrizes.

O problema, segundo Cláudio Michelon (2011, p. 262), é que um conceito que inicialmente surgiu com o propósito de estabelecer parâmetros de racionalidade visando a restrição da discricionariedade judicial é, no Brasil, mais frequentemente associado a uma ferramenta que confere maior margem de manobra ao juiz em relação à lei e ao direito positivado. Afirma o autor que embora na maior parte da América Latina os princípios tenham

sido recebidos como uma contraposição ao formalismo jurídico, o que é posto em questão quando se considera a forma como tem ocorrido o emprego destas normas no direito brasileiro diz respeito à legitimidade democrática deste arranjo institucional. Nas palavras de Michelon (2011, p. 262):

(...) é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um insight privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões políticas.

No mesmo sentido, afirma Streck (2020, p. 254) que apesar de estabelecidos, teoricamente, com a finalidade de representar um “fechamento” interpretativo contra discricionarismos judiciais, a verdade é que os princípios jurídicos passaram a constituir verdadeiros álibis retóricos que garantem uma aparência de juridicidade a qualquer posicionamento subjetivista dos juízes. Isto é, a inundação de princípios no neoconstitucionalismo impulsionou a concepção destes enunciados como *standards* valorativos que possibilitam uma maior abertura para o intérprete, lhe permitindo o exercício da discricionariedade “legitimada”.

Considerando este panorama (neo)constitucional, a problemática inaugurada sob a perspectiva da democracia e do constitucionalismo abusivo judicial recai na aposta - e posterior dependência - do regime democrático e do Direito em um posicionamento individualista do julgador. Segundo Comanducci (2008, p. 103), em uma sociedade plural não existe, *a priori*, uma moralidade objetiva compartilhada por todos os juízes, razão pela qual não é tão fácil sustentar a crença numa única resposta justa ou correta para o caso concreto. Isso significa que diante da abertura dos princípios para justificar argumentos morais ou políticos – subjetivistas – do julgador, a dificuldade de construção de um controle racional sobre as decisões judiciais faz com que a sua identificação como “resposta correta” passe a depender da análise consequencialista e, em certa medida, de um juízo de conveniência – preferência ou não – do intérprete.

Na realidade, os princípios parecem mais auxiliar os juízes a encontrar uma justificativa *ex post* para suas decisões. Sob o manto do Estado Democrático de Direito e da legitimidade principiológica que lhe seria inerente, é possível utilizar enunciados abstratos para resolver problemas concretos e justificar razões voluntaristas e decisões discricionárias no argumento da aplicação de princípios constitucionais. Essa guinada principiológica é levada ainda mais ao extremo quando, na ausência de um “princípio” aplicável ao caso concreto, o julgador cria, *per*

si, um enunciado com função *ad hoc*, travestido de princípio, e com status “supraconstitucional”, no que Streck (2020, p. 254) denomina de pamprincipiologismo:

Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto das teorias axiologistas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que - a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais - haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

A problemática dessa principiologia, na forma como é aplicada no direito brasileiro, é que a legitimação da discricionariedade dos magistrados lhes atribui uma carta branca para que os casos sejam decididos conforme suas concepções subjetivas e, portanto, variáveis, de justiça, o que aumenta a indeterminação *ex ante* do Direito (Comanducci, 1998, p.103). Assim, a postura discricionária dos juízes instrumentalizada pelo abuso dos princípios permite que “um *standard* qualquer tenha o condão de balizar o Direito aprovado democraticamente pelo parlamento”, fragilizando a autonomia do Direito necessária a uma democracia (Streck, 2020, p. 153).

Observa-se que em qualquer cenário no qual se legitima a atuação casuísta e voluntarista dos juízes, em decisões sobre as quais o controle passa ao longe de ocorrer em razão da ausência de parâmetros racionais e objetivos, tudo se pode dizer a pretexto de concretização de princípios constitucionais. Por consequência, o regime democrático passa a depender da lupa de quem está com a “bola da vez”, isto é, a identificação do que pode ser considerado avanço em uma sociedade passa a estar condicionado ao senso de justiça e da moralidade do julgador do caso (Streck, 2020, p. 255).

Enfim, no constitucionalismo abusivo judicial, o abuso e a manipulação de princípios não necessariamente serão os meios para os quais o julgador irá recorrer para justificar a sua decisão, mas por certo os enunciados podem catalisar o processo argumentativo a fim de conferir uma aparência jurídico-constitucional a posicionamentos subjetivistas e decisões discricionárias tomadas sob o manto de uma suposta ponderação de valores constitucionais. Em sendo assim, as consequências dessa atuação são nocivas a curto e longo prazo para a democracia.

2.2.3 O abuso *Supremo* e o Véu da Constitucionalidade Aparente

José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 63) denomina a jurisdição brasileira como uma espécie de “justiça opinativa”, porquanto a legitimidade das decisões judiciais decorre mais da autoridade institucional e funcionamento do Poder Judiciário do que de aspectos relativos à racionalidade de sua argumentação. Nesse cenário, a presença de critérios decisórios impessoais e objetivos acaba se tornando irrelevante na atividade decisória, uma vez que a legitimidade do pronunciamento judicial se encontra pautada no rol de autoridades mencionadas na decisão e em quem a profere.

Disto se retira que a extrapolação do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, apesar de identificação dificultosa por serem decisões cobertas por um véu de constitucionalidade aparente, produzem efeitos antidemocráticos mais gravosos, ainda que a longo prazo. A decisão abusiva não aparenta ilegalidade/inconstitucionalidade, porém, adentrando no modo de decidir do julgador, se verifica a sobreposição das crenças e ideologias do juiz face o Direito posto, num cenário no qual a validade da norma jurídica é condicionada ao ideal de justiça das pessoas chamadas a aplicá-la (Bobbio, 2008, p. 28).

O ponto crucial para entender e enquadrar o decisionismo no âmbito do STF como prática do constitucionalismo abusivo é o fato de que o combate a estas decisões é dificultado por uma suposta “supremacia judicial consentida”. O *sentir-se* em supremacia, numa perspectiva interna da própria instituição, e, pois, uma autoinvestidura nesta condição, repercute na autorização da Corte sobre si mesma para se abster de quaisquer constrangimentos, desonerando-se de sua responsabilidade de decidir através de critérios jurídicos (Tassinari, 2016, p. 226).

Certo que esta autoimagem do Supremo é reflexo da ambição constitucional no que se chama de neoconstitucionalismo. As novas constituições dos Estados democráticos trazem consigo um amplo rol de direitos fundamentais e clamam a atuação do Judiciário como um “terceiro gigante” quando das omissões dos demais poderes decorrer uma violação a estas garantias constitucionais. Nesse sentido, a intensificação no exercício da atividade jurisdicional e a reformulação da atuação clássica dos juízes se tornou inerente ao novo constitucionalismo (Cunha Júnior, 2015, p. 161).

Importa observar, diante disso, que a ampliação da jurisdição constitucional resulta em inevitável aumento de poderes do Supremo. Conforme explica Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 447), a previsão de competências superlativas do Tribunal na Constituição de 1988 teria gerado uma expansão da autoridade da Corte, de modo que o desenho institucional arquitetado pela Constituição centraliza no STF funções que nas democracias contemporâneas são divididas

entre outras instituições, como os tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e os tribunais de recursos de última instância.

Essa expansão da autoridade do Supremo alinhada à presunção de que seus posicionamentos convergem com a vontade do poder constituinte originário contribui para o entendimento de Barroso (2015, p. 25) segundo o qual “para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”. Isto significa conceber os ministros do Supremo como verdadeiras “almas de ouro” platônicas, únicos detentores do verdadeiro conhecimento capaz de mover a sociedade em direção ao progresso quando o processo político majoritário é paralisado.

Em alusão à teoria desenvolvida pela socióloga alemã Ingeborg Maus (Albuquerque, 2000), numa “sociedade órfã”, que não tem acesso à emancipação moral, o Poder Judiciário emerge como uma imagem paternal que lhes outorga uma ordem de valores morais e ascende ao nível de última instância de consciência da sociedade, no que a autora chama de “superego”. Isso seria explicado através do crescimento do âmbito de ação do Poder Judiciário e a “introdução de pontos de vista morais e de ‘valores’ na jurisprudência”, o que permitiria aos juízes não se limitarem à aplicação do direito produzido no âmbito legislativo, mas aplicarem as suas próprias concepções morais de justiça. Nas palavras de Maus (Albuquerque, 2000, p.189):

A introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios "superiores" ao direito escrito leva — quando a Justiça os invoca — à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das "proibições" legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade.

A crítica de Maus pode também ser endereçada ao funcionamento do Supremo Tribunal Federal no Brasil e à sua adoção irrestrita a princípios e valores como fundamento de legitimidade de suas decisões, independentemente do Direito posto. Nesta linha de entendimento, Clarissa Tassinari (2016, p. 119) compara, metaforicamente, o STF a um oráculo, uma vez que a legitimidade de seus posicionamentos decorreria da própria autoridade que lhe é atribuída, sem que sequer sejam exigidas as suas razões. Assim, Tassinari reconhece que por vezes é possível assemelhar a figura da Corte ao oráculo, pois a sociedade atribui ao Supremo o poder de decidir questões sensíveis por considerá-lo “o intérprete autorizado”, de

modo que os seus posicionamentos, fundamentados ou não, são recepcionados de forma acrítica e presumidos adequados à Constituição.

Por esta razão é que Rodrigo Brandão (2012, p. 23) alerta para os riscos de se atribuir ao STF o papel de intérprete autêntico da Constituição, por supostamente traduzir a vontade do constituinte originário, ora inacessível aos demais Poderes. Neste caso, é flagrante o risco de que a concretização do texto constitucional se manifeste como um pretexto para que os julgadores atuem como verdadeiros substitutos ao poder originário. Nesse cenário, as suas incontestáveis decisões adquirem uma eficácia até superior ao texto constitucional, transformando a supremacia da Constituição em instrumento de legitimação das suas próprias razões.

Dito isto, evidente que a abusividade judicial pode alçar contornos mais delicados e gravosos quando derivam de inovações à interpretação constitucional realizadas pela Suprema Corte constitucional ou Supremo Tribunal, cuja função precípua consiste na guarda da Constituição, a proteção do regime democrático de direito e a garantia de direitos fundamentais. Nesse caso, a legitimação conferida ao STF, e a instrumentalização dos poderes constitucionais atribuídos ao órgão, podem resultar em manifestações solipsistas de seus membros que, em presunção de conformidade com a ordem constitucional, acaba por instrumentalizar a jurisdição e torná-la um meio para a persecução de interesses unicamente pessoais.

3 DEMOCRACIA MILITANTE E O SUPERPODER JUDICIÁRIO

Elemento comum do histórico das democracias liberais é a existência de partidos e movimentos extremistas e ansissistema. Segundo Angela Bourne e Bastiaan Rijpkema (2022, p. 380), questões sobre como lidar com adversários contemporâneos, especialmente em relação a medidas repressivas, como a proibição de partidos ou de discursos ofensivos, têm preenchido os debates públicos na atualidade. Estas questões ganham maior relevância à medida que novos adversários populistas e iliberais da democracia angariam níveis de apoio sem precedentes e, em alguns casos, chegam a assumir o controle do governo.

Nesse sentido, diante da necessidade de autodefesa contra o populismo e contra a democracia iliberal, algumas constituições preveem medidas de fortalecimento da identidade democrática contra a sua revolução legal. As medidas que adentram na ideia de “democracia militante”, embora hoje sejam relacionadas à proibição de partidos, incluíam, em suas abordagens anteriores, outros mecanismos de fortalecimento democrático, tais como a inalterabilidade constitucional (Shupmann, p. 01).

As medidas de autodefesa da democracia militante, no que se refere à proibição de partidos, podem se manifestar indiretamente, negando a posse do poder estatal a atores antidemocráticos, ou diretamente, por meio dos mecanismos de inalterabilidade constitucional que nega a constitucionalidade de mudanças legais em seu texto (Shupmann, p. 04). Nesse cenário, o Judiciário, e principalmente as Cortes Constitucionais, assumem um papel protagonista e um superpoder na defesa da democracia, uma vez que o controle sobre a constitucionalidade de leis e de emendas constitucionais lhes é deferido na maioria das constituições modernas.

A título de exemplo, Landau (2013, p. 218) registra que na Alemanha, o berço do conceito da democracia militante, a Lei Básica alemã, em seu artigo 21, concede ao Tribunal Constitucional o poder de banir os partidos que “pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha”². Segundo o autor, este dispositivo foi utilizado na década de 1950 para banir partidos neonazistas e comunistas, além de ter sido

² GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) Art 21. No original: (2) *Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig.*

replicada da mesma forma ou com algumas alterações em países como Índia, Israel e Turquia. Assim, evidente que num cenário de erosão democrática o Judiciário é o Poder investido na capacidade e no dever de limitação dos anseios autoritários do poder político.

3.1 ORIGEM DO CONCEITO DE DEMOCRACIA MILITANTE

A ideia de “democracia militante” surgiu em resposta à ascensão dos regimes autoritários nazifascistas e comunistas nas décadas de 1920 e 1930. Após a República de Weimar, na Alemanha, ter sido derrubada por atores antidemocráticos defensores destes regimes, Loewenstein manifestou sua angústia face à expansão dos movimentos autoritários e buscou compreender as estratégias utilizadas pelos partidos fascistas para minar o regime democrático de modo a identificar formas de neutralizá-las (Pontes, 2020, p. 73)

Segundo explica Graham Maddoux (Pádua, 2021, p. 45), na Europa do século XX a própria “racionalidade” da democracia abriu espaço para o autoritarismo, de modo que a legalidade se tornou instrumento para a derrocada do regime democrático e sucesso do movimento nazista na época. Para Maddoux, o “*ethos*” da democracia serviu como base para promover a tolerância, a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e de imprensa. A realização de eleições abertas e o sufrágio universal possibilitaram que partidos fascistas competissem em igualdade de condições com os partidos democráticos.

Isso porque, explica Loewenstein (1937, p. 424), o fascismo instrumentalizou a seu favor o argumento dos direitos fundamentais e do estado de direito. Para o advogado constitucionalista alemão, o sucesso fascista deriva justamente da sua perfeita sujeição à democracia e ao seu respectivo regime de tolerância, em suas palavras, “o fundamentalismo democrático e a cegueira legalista não estavam dispostos a perceber que o mecanismo da democracia é o cavalo de Troia pelo qual o inimigo entra na cidade”. Com isso, a “igualdade formal” da representação política proporcional constituiu o erro mais grave da democracia, uma vez que o arcabouço legal construído a partir destas diretrizes permitiu a ascensão de partidos políticos antidemocráticos que negavam as próprias regras do jogo.

Diante disso, a partir da experiência europeia com os regimes nazifascistas e comunistas, Karl Loewenstein teorizou a ideia da democracia militante como um regime que dispunha de meios para se autodefender da ascensão de líderes populistas com tendência autoritária. Isso ocorreria, a princípio, através da previsão de medidas legais que restringiriam

os direitos políticos para a proteção das próprias instituições democráticas liberais (Bourne; Rijpkema, 2022, p. 376).

Mas não somente isso, conforme explica Malkopoulou e Norman (2018, p. 444), a receita militante da “legislação antiextremista” proposta por Loewenstein incluía, além da proibição da partidos antidemocráticos e milícias partidárias, restrições aos direitos civis básicos dos cidadãos, tais como a liberdade de expressão, de reunião e o estabelecimento de uma polícia política. Nesse sentido, Loewenstein (1937, p. 432) defendeu que a restrições a princípios fundamentais pode ser um meio necessário e legítimo à proteção do regime democrático:

Se a democracia acredita na superioridade de seus valores absolutos sobre os chavões oportunistas do fascismo, ela deve estar à altura das exigências do momento, e todos os esforços possíveis devem ser feitos para resgatá-la, mesmo com o risco e o custo de violar os princípios fundamentais.³

Nos últimos anos, contudo, houve uma releitura da teoria de democracia militante que ressurgiu como uma “estrutura normativa dominante na qual as democracias liberais podem se basear para repelir os movimentos políticos extremistas que estão em ascensão” (Malkopoulou; Norman, 2018, p. 445)⁴. Segundo os autores, embora novos teóricos como Capoccia (2013) e Issacharoff (2007) defendam que eventuais limitações a liberdades básicas dos cidadãos sejam meios legítimos de salvaguarda da democracia constitucional liberal, esta nova versão da democracia militante reconhece que o seu uso deve ser regulado para evitar a manipulação arbitrária por dissidentes políticos. Assim, diante destas preocupações com os limites possíveis para as restrições e interferência nas liberdades civis, os autores chamam essa nova versão mais suave da democracia militante como “democracia neomilitante”.

3.1.1 A Democracia Militante Contra a Prática do Constitucionalismo Abusivo

O constitucionalismo abusivo, segundo Landau (2013, p. 214), envolve um problema singular: as mudanças constitucionais abusivas, na maioria das vezes, são fruto da vontade popular que os líderes, titulares do poder político, capitalizam em momentos de surtos

³ No original: “*If democracy believes in the superiority of its absolute values over the opportunistic platitudes of fascism, it must live up to the demands of the hour, and every possible effort must be made to rescue it, even at the risk and cost of violating fundamental principles*”.

⁴ No original: “*dominant normative framework on which liberal democracies can rely for pushing back extremist political movements that are on the rise*”.

transitórios de popularidade para promover mudanças que impactam negativamente a ordem democrática. Nesses casos, é a criação de regimes híbridos de autoritarismo, travestidos de democracia, que dificulta a identificação de ferramentas eficazes para o controle desta ameaça.

Partindo deste ponto, ao observar criticamente as respostas no direito constitucional comparado à prática do constitucionalismo abusivo, Landau (2013, p. 216-217) anota a limitação de teorias defensivas como a teoria da democracia militante. Explica o autor que embora a democracia militante seja direcionada a impedir que autores antidemocráticos se utilizem de mecanismos da própria democracia para miná-la, essas medidas são muito pouco efetivas contra as ameaças do constitucionalismo abusivo. Isso se deve ao fato de que, diferente dos movimentos nazistas, no constitucionalismo abusivo as manifestações dos líderes são ambíguas e não claramente antidemocráticas, além de normalmente serem precedidas de movimentos majoritários com grande apoio popular.

Além disso, deve-se partir da premissa de que os embates naturais inerentes a uma democracia liberal, não são, ou pelo menos não devem ser, justificativa para uma atuação combativa por meio das ferramentas da democracia militante. Conforme originalmente pensado por Loewenstein, essas ferramentas somente devem ser empregadas quando a razão deixa de ocupar um papel central na ação política e é substituída pelo emocionalismo provocado pelos líderes autoritários, movimento que Loewenstein identifica como uma transição do governo constitucional para um governo emocional (Borges; Vieira, 2023). Disto decorre a dificuldade de que as medidas militantes sejam aplicadas às práticas abusivas que não promovem uma tensão imediata de ruptura do regime democrático, uma vez que os líderes autoritários se investem na posição de verdadeiros democratas.

Além disso, conforme observa João Pontes (2020, p. 286), para uma democracia militante se tornar efetiva, sem romper as fronteiras dos seus próprios fundamentos democráticos, seria necessária a adoção de providências que não se limitem a apaziguar os sintomas, mas a tratar a doença em si. Em outras palavras, o autor explica que as abordagens militantes em sentido estrito podem induzir um processo de moralização da política, uma vez que ao capitanear uma disputa de “nós, os democratas” *versus* “eles, os inimigos da democracia”, há uma tendência de que as lideranças democráticas se tornem autocomplacentes e, por conseguinte, “avessas a qualquer análise crítica das verdadeiras razões por trás do seu fracasso em inspirar os eleitores de partidos e candidatos autoritários”.

Assim, além da democracia militante não se mostrar como um meio verdadeiramente eficaz contra o constitucionalismo abusivo, a relação entre esses dois conceitos é bastante

complexa. Em alguns casos, um governo ou grupo no poder pode, sob pretexto de estar praticando a democracia militante e, portanto, defendendo a ordem democrática, usar o constitucionalismo de forma abusiva para consolidar seu próprio poder ou minar a democracia de maneira dissimulada. Nesse caso, o uso indevido do constitucionalismo pode ser uma forma de se apropriar da linguagem da democracia militante para justificar ações autoritárias.

3.1.2 A lógica Anti-extremista e a Legitimação da Autofagia Democrática: Críticas à Teoria da Democracia Militante

A reconceitualização da democracia proposta por Loewenstein objetivou o afastamento das massas do processo de participação política, uma vez que o controle do “povo” por meio do apelo a técnicas emocionais teria sido considerado um marco característico dos regimes totalitários da época, numa espécie de “governo emocional”. Em outras palavras, a democracia militante identificava na participação política das massas o problema da ascensão dos regimes autoritários, e, portanto, esta teoria foi concebida sob uma lógica fundamentalmente antiparticipativa e elitista no centro da política antiextremista (Malkopoulou; Norman, 2018, p. 444).

Para Loewenstein (1937, p. 426, tradução livre), o fascismo lançou o seu “feitiço emocional” sobre as massas. Isso teria ocorrido por meio de uma autodivulgação e propaganda implacáveis contra as quais não havia dispositivos legais capazes de obstar o “emocionalismo revolucionário”, uma vez que este foi estabelecido sob o disfarce da legalidade, da propaganda e do simbolismo militar. Nesse cenário, a democracia militante de Loewenstein manifestava uma profunda desconfiança na capacidade do povo de se autogovernar. Então, a partir dessa concepção elitista, a legislação antiextremista da democracia militante exige o corte da comunicação entre elites políticas oportunistas e os cidadãos – massas – voláteis (Malkopoulou; Norman, 2018, p. 444).

Conforme explica João Pontes (2020, p. 120), a fundamentação antiextremista se caracteriza pelo seu caráter essencialmente bilinear, ou seja, as suas diretrizes se voltam tanto contra agentes políticos de direita quanto à escala ideológica de esquerda, de modo que qualquer indivíduo ou partido que rejeite as instituições ou os valores da democracia estão sujeitos a restrições jurídicas. Para o autor, esta equidistância inerente à legislação antiextremista constituiria sua característica positiva, imunizando-a da instrumentalização político-ideológica.

Para Capoccia (2013, p. 220), no entanto, embora a literatura de direito constitucional esteja alinhada na ideia de que as democracias têm o direito de se autodefender contra inimigos ao regime, ainda que não haja uma violência destinada ao extermínio do Estado democrático, não há tanto consenso quanto aos parâmetros de aplicação prática das medidas militantes. Argumenta (Capoccia, 2013, p. 220, tradução livre)⁵:

Para atingir esse objetivo, os Estados democráticos podem promulgar e aplicar regras formais que restringem a expressão e a participação, sujeitas a uma supervisão parcial de sua aplicação. Além desses princípios básicos, no entanto, há pouca convergência na prática das democracias contemporâneas: como identificar os inimigos da democracia; se a simples expressão extremista é suficiente para justificar medidas repressivas ou se é necessária alguma forma de ação extremista (ainda que não seja a violência); que tipo de medidas legais são legítimas e como avaliar sua proporcionalidade; e assim por diante.

Malkopoulou e Norman (2018, p. 449) criticam esse foco excessivo nas condições práticas das medidas militantes, uma vez que a questão fundamental, obscurecida por tais discussões, refere-se à legitimidade da democracia militante, e a até que ponto deve ser aceitas as suposições referentes às suas justificativas. Segundo os autores, o elitismo inerente à noção de democracia militante, em sua gênese, e a desconfiança quanto à participação popular, se opõem ao princípio da não dominação, uma vez não ser possível excluir a participação de determinados grupos sem promover-lhes o seu controle. Além disso, afirmam ser impossível isolar medidas militantes a situações específicas sem que estas levem a uma situação generalizada de dominação, pois a constitucionalização de tais medidas estabelece uma relação de sujeição estrutural à vontade arbitrária do soberano.

No mesmo sentido, Joao Pontes (2020, p. 124) esclarece que a leitura antiextremista da democracia militante pode dar subsídio a pretensões de dominação por aqueles que detêm o poder político, em evidente afronta ao princípio republicano e ao seu ideal de liberdade numa democracia. Considerada essa preocupação, e sob o risco de que as medidas militantes conduzam à dominação de determinados grupos, o autor sugere que ao invés de orientar a limitação de direitos políticos a “qualquer forma de tirania ou arbitrariedade” – termo utilizado pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã na década de 1950 -, o que sujeitaria a um nível de discricionariedade daquele chamado a aplicar a medida militante, a restrição deve

⁵ No original: “*To accomplish this purpose, democratic states can enact and apply formal rules restricting expression and participation, subject to impartial oversight of their application. Beyond these basic principles, however, little convergence emerges in the practice of contemporary democracies: how to identify the enemies of democracy; whether simple —extremist— expression is sufficient to warrant repressive measures or whether some form of extremist action (still short of violence) is necessary; what type of legal measures are legitimate and how to assess their proportionality; and so on*”.

recair sobre “atores políticos bastante específicos, identificados, em regra, com determinado passado autoritário que se deseja superar”.

Evidente que há uma arbitrariedade inerente à decisão sobre quem deve ser tratado como um "inimigo" da democracia. Isso faz com que a democracia militante sempre assuma a forma de um exercício de poder "decisionista" e autoritário que contradiz a própria lógica do sistema que se supõe proteger. Nesta linha, Invernizzi Accetti e Zuckerman (2017, p. 190) ressaltam a possibilidade de expansão do leque de alvos da democracia militante através da decisão de determinados atores do jogo democrático detentores de poder que excluem uma ampla gama de supostos inimigos da democracia – que abrange, cada vez mais, concorrentes em potencial.

Jelena von Achenbach (2018) alerta para o fato de que as intervenções legais e medidas proibitivas militantes voltadas ao combate de políticas antiliberais e antidemocráticas “podem prejudicar o que supostamente deveriam proteger: um processo político livre e igualitário baseado na concorrência política aberta, no pluralismo e em um discurso público livre”⁶. Explica a autora que a problemática das medidas militantes é que promovem intervenções legais em atividades por causa de seu conteúdo político baseadas em “pontos de vista”, o que evidenciaria o caráter iliberal e não igualitário das sanções. Para a autora, a constitucionalização das medidas militantes também prejudicaria a capacidade de ação do sistema político face ao aumento do Poder Judiciário em sua atividade elitista de controle político que, por sinal, não se apresenta imune à politização.

Embora seja concebida na forma de uma intervenção preventiva, uma vez que busca impedir a concretização política de indivíduos e grupos autoritários, as medidas militantes são implementadas *ex post*, isto é, após os atos que representem uma ameaça “suficientemente iminente” à democracia. Ocorre que a democracia militante recorre ao contexto para determinar a legitimidade de suas intervenções, o que ameaça as diretrizes democráticas de um Estado Constitucional de Direito e abre as portas para a possibilidade de uma atuação abusiva do Estado (Macklem, 2006, p. 515).

Por tais razões é que ao importar teorias da democracia militante, é fundamental o desenvolvimento de uma abordagem teórica capaz de identificar e prevenir os consideráveis riscos de sua aplicação. Embora essas teorias busquem fortalecer e garantir uma proteção do regime democrático, ainda que a longo prazo, a aposta na ampliação do protagonismo judicial

⁶ No original: “They may undermine what they are supposed to protect: a free and egalitarian political process that is based on open political competition, pluralism and a free public discourse”.

através da adoção de medidas militantes pode conduzir a resultados antidemocráticos e a uma abusividade “às avessas”.

3.2 A TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NO BRASIL

O Brasil oscila, desde o ano de 1946, entre períodos esparsos de democracia, num movimento pendular entre momentos de otimismo democrático e momentos de forte inversão antidemocrática. Nas palavras de Leonardo Avritzer (2018, p. 279), o processo de elaboração de Constituições entre 1946 e 1988 “não trouxe um *aggiornamento* mínimo em relação à vigência de direitos capaz de consolidar a ordem democrático-liberal”, razão pela haveria períodos de instabilidade e oscilações entre governos democráticos e aqueles de tonalidade autoritária.

No entanto, embora o país tenha superado recentes experiências autoritárias com o processo de redemocratização marcado pela promulgação da Constituição de 1988, para Gustavo Justino e Pedro Ferraz (2022, p. 227) nunca houve um verdadeiro debate teórico sobre as teorias da democracia militante ou da democracia defensiva no Brasil, assim como nunca se identificou dispositivos constitucionais explícitos de caráter “militante”. O que os autores reconhecem é a utilização implícita das teses da democracia defensiva pelo Supremo Tribunal Federal e a tomada de decisões que refletiriam preocupações com a autodefesa democrática em casos como o do cancelamento do registro do Partido Comunista (RE 12.369), o caso Ellwanger (HC 82.424-2) e o Inquérito das *Fake News* (Inq.4.781).

Convém registrar que há autores que preferem utilizar o termo “democracia defensiva” ou “democracia de resistência” em substituição a democracia militante sob o argumento de que este que este último guardaria um viés ideológico. A teoria da democracia defensiva se mostraria como um conceito a abarcar qualquer tipo de anormalidade na democracia que enseje uma reação de autodefesa, sendo desenvolvida para “impedir que grupos extremistas, situações indesejadas ou momentos de instabilidade institucional afetem o regular funcionamento da democracia”, enquanto a democracia militante se destinaria apenas à exclusão de partidos ou grupos políticos totalitários do jogo democrático (Fernandes, 2021, p. 138).

De qualquer modo, João Pontes (2020, p. 205) ressalta que não há margem para conceber a CF/88 como isenta. O texto magno estaria ancorado no processo de redemocratização e na aversão aos anos de chumbo, sendo que “as suas escolhas axiológicas apontam, desde o preâmbulo, para um profundo compromisso com a sobrevivência do regime

democrático e dos direitos fundamentais”. É, pois, com base nesta premissa que o autor sustenta o caráter militante da democracia desenhada pela Constituição de 1988.

3.2.1 A crise democrática recente

O processo constituinte de 1988, no Brasil, representou um divisor de águas na redemocratização do Estado. Segundo Conrado Hubner Mendes (2020), havia um “entulho autoritário” – utilizando a expressão ventilada pela oposição ao presidente militar João Baptista Figueiredo, em 1979⁷ - cuja remoção dependeria não somente da mera revogação das leis impostas pela ditadura, mas da instauração de uma Assembleia Nacional Constituinte. A partir disso, “a remoção do ‘entulho’ seria estratégia constitucional de transição da autocracia para a democracia”.

Embora o otimismo sobre o fortalecimento e estabilização do regime democrático no Brasil tenha sido incentivado com a Carta de 1988, a partir do ano de 2013 houve o que Leonardo Avritzer (2018, p. 273) identifica como uma inversão das condições e verdadeiro “mal-estar” na democracia. O autor registra que em 2013 houve o início de importantes manifestações no reclame de políticas públicas, que, no entanto, desaguaram em movimentos de grande polarização política e pautas de oposição ao sistema.

A grande indignação popular face ao sistema político ocupou as ruas de forma mais intensa e polarizada após a vitória de Dilma Rousseff nas eleições de 2014, resultando em sua recondução ao cargo de Presidente da República. Então, em 2015 a pauta das manifestações passou a direcionar o seu foco ao pleito de *impeachment* da Presidente eleita, contexto no qual modelos autoritários de governo começaram a emergir como alternativa nas pautas dos protestantes. No ano de 2016, o processo de *impeachment* foi concluído e a então Presidente Dilma Rousseff afastada do cargo, na mesma ocasião em que também houve o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados seguido de sua prisão (Pontes, 2020, p. 42).

Nesse cenário, Leonardo Avritzer (2018, p. 276) entende que a democracia brasileira teria aberto espaço para a “continuidade de amplas vias antidemocráticas ou contrademocráticas de questionamento da soberania política e de resultados eleitorais”. Por esta razão, o autor

⁷ A expressão “entulho autoritário”, em 1979, serviria para designar o estado caótico da ordem jurídica brasileira após a revogação as leis e atos institucionais decorrentes da imposição ditatorial. Isto porque, apesar da revogação, “persistiam na ordem jurídica leis e instituições com a tônica autoritária da ditadura militar”. Após a Constituição de 1988, a expressão passou a ser utilizada para caracterizar um “conjunto bastante heterogêneo de permanências jurídicas e institucionais do passado”, tal como a manutenção da blindagem das policiais militares e das Forças Armadas (MENDES, 2020).

afirma existir um “pêndulo democrático”, uma vez que a democracia brasileira ora se encontra plena e estável, ora sujeita a períodos de regressão. O período de estabilidade e ampliação democrática, explica, seria aquele no qual os resultados eleitorais são respeitados e as instituições da contrademocracia reconhecem a sua subordinação face à soberania popular. A regressão democrática, pelo contrário, seria observada em momentos nos quais se contestam os resultados das urnas, o que vem associado ao fortalecimento de instituições da contrademocracia não sujeitas à soberania do povo.

Para além da crise de representatividade já instaurada no cenário político, os manifestantes dos protestos de 2013 passaram a colocar o combate à corrupção também como pauta de destaque nos apelos populares. No ano que seguiu ao fim dos protestos, em março de 2014, foi iniciada uma das maiores investigações de combate à corrupção na história do país: a operação Lava-Jato. Os sucessivos escândalos decorrentes desta operação intensificaram o descrédito popular nos partidos e instituições políticas, além de fazer com que os setores afetados recorressem a alianças junto ao Poder Judiciário para a reversão da chamada “criminalização da política”. (Vieira, 2019, p. 19-20).

O Supremo Tribunal Federal, até então adepto a uma postura mais omissa e leniente, assumiu o controle da atividade política diante da ampla denúncia proposta pelo Ministério Público contra figuras centrais do governo relacionadas ao esquema do mensalão (Vieira, 2019, p. 28-29). Enfim, a chegada às eleições de 2018 ocorreu em meio a um contexto de grave crise política e institucional que catalisou o crescimento de pautas populistas antissistema, colocando em xeque o constitucionalismo democrático.

O que se seguiu a partir da trajetória eleitoral de Jair Bolsonaro para a presidência da República, o seu efetivo exercício do cargo e, com o fim do mandato, a militância que se seguiu, caracteriza um momento turbulento na história da democracia brasileira com a qual o Supremo não tem sabido lidar. A polarização interna da Corte se externou em manifestações contraditórias dos seus membros e na contrariedade aos próprios precedentes (Pontes, 2020, p. 63), o que deu subsídio para que autores antidemocráticos alimentassem o seu ressentimento contra o Tribunal e depositasse nele a culpa por todo o insucesso do cenário político (Abboud, 2022, p. 18).

Em períodos recentes, as instituições brasileiras, em especial o STF, têm passado tempos sombrios de intensa desmoralização. A Corte ora é criticada por suas decisões julgadas como impessoais e abusivas, favorecedoras de apenas “um lado da história”, ora é repelida pela negação aos seus posicionamentos legitimamente contramajoritários, numa crença de que o

Tribunal estaria sujeito à vontade de uma maioria. Nesse contexto, ressalta Geoges Abboud (2022, p. 20), embora o contexto de polarização político-social e o descrédito popular nas instituições do Estado tenham alimentado discursos extremistas de fechamento da Corte, a saída da crise da democracia brasileira deve ocorrer por meio da defesa de suas instituições, por isso a sua crítica não deve tender ao seu próprio sacrifício. Por esta razão é que a indagação acerca de decisões abusivas do Supremo não se apresenta como repulsa à instituição, considerada a sua verdadeira importância para a preservação do regime democrático, mas aponta uma recepção crítica de seus posicionamentos com o fim de promover um debate responsável acerca dos limites da atuação dos membros do Tribunal.

3.2.2 O Papel Militante dos Tribunais Superiores

No Brasil e no mundo, os tribunais superiores são normalmente incluídos nas constituições e concebidos como uma das principais defesas contra alterações constitucionais abusivas. Nesses casos, os tribunais possuem a prerrogativa de limitar o poder de instituições políticas e garantir a observância a direitos de grupos minoritários. Assim, os tribunais devem atuar tanto na contenção das investidas de líderes autoritários voltadas à realização de modificações constitucionais abusivas, quanto nas tentativas de substituição da constituição existente, impedindo os esforços no sentido da erosão democrática (Dixon; Landau, 2021, p. 81).

Mark Tushnet (2015) foi um dos autores que se debruçou sobre os desafios que as democracias enfrentam na tentativa de equilibrar a necessidade de proteger as suas instituições democráticas e ao mesmo tempo evitar o abuso do poder em nome da ordem constitucional. Partindo disto, ao tratar sobre o papel dos tribunais em Estados autoritários, Tushnet (2015, p. 423) registrou a possibilidade de que os tribunais e a jurisdição sejam manipulados no intuito de permitir que a instituição sirva, pelo menos momentaneamente, aos propósitos do regime autoritário, embora tenha sido criada, *a priori*, sob o crivo da neutralidade e independência. Nesse cenário, a independência judicial somente persistiria enquanto se mostrasse conveniente às pretensões dos líderes autocratas⁸.

⁸ Tushnet (2015, p. 424, tradução livre) traz como exemplo a criação de um tribunal constitucional aparentemente independente no Egito. Conforme explica, durante o governo de Anwar Sadat e Hosni Mubarak, foi criado um tribunal constitucional para lidar com a oposição interna e com as preocupações internacionais relacionadas à transição do país de um sistema semissocialista para um orientado para a liberalização do mercado. Esse tribunal, aparentemente neutro, tinha o poder de avaliar a constitucionalidade de expropriações e era composto por juízes independentes, evitando o controle direto do regime, com o objetivo de assegurar aos

Não de modo diferente, Rosalind Dixon e David Landau (2020, p. 82) destacam que em vários países pretensos autoritários transformam os tribunais em armas a favor de mudanças constitucionais abusivas. Os tribunais serviriam, nesse contexto, para legitimar e ajudar atores a consolidar o poder e minar a oposição, de modo que o resultado produzido a partir da atuação dos tribunais atingiria significativamente o núcleo democrático. Nesse sentido, os autores diferenciam a revisão judicial abusiva “fraca” da revisão judicial abusiva “forte”. A primeira seria uma espécie de “carimbo de borracha” na qual o tribunal defende uma legislação ou ação executiva abusiva, enquanto a segunda seria a efetiva eliminação de obstáculos pelo próprio Poder Judiciário (proibição de partidos de oposição, eliminação da limites para mandatos presidenciais e repressão a instituições controladas pela oposição).

De todo modo, mesmo contra práticas do constitucionalismo abusivo, David Landau coloca as Cortes Constitucionais como órgãos capazes de mitigar o risco de expansão de práticas abusivas oriundas do poder político, passando a serem concebidas como verdadeiras barreiras protetoras contra as pretensões de líderes autoritários. Embora descrente da capacidade de uma contenção efetiva do constitucionalismo abusivo, Landau (2013, p. 20), a título de exemplo, faz alusão à doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais como subsídio para a atuação das Cortes na derrubada de emendas que violem contra a ordem constitucional. Além disso, o autor ressalta que a mais importante manifestação da democracia militante – forma de combate ao constitucionalismo abusivo - é o banimento partidário efetivado pelas cortes constitucionais de partidos que atentem os valores fundamentais do Estado Democrático.

O Ministro Edson Fachin (Brasil, 2020a, p. 52), ao tratar da democracia militante, cita o exemplo da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos no combate às investidas do constitucionalismo abusivo:

No célebre caso Refah Partisi, onde a Grande Câmara do Tribunal, reconhecendo a possibilidade de proibir um partido que invocasse a Sharia como lei aplicável, afirmou que “um partido político, cujos líderes incitam a violência e que defendem políticas que falham em respeitar a democracia, ou que visem a própria destruição da democracia, e que desrespeitam os direitos reconhecidos em uma democracia, não pode invocar a proteção da Convenção contra penalidades impostas por atos praticados com essas finalidades” (ECtHR (Grand Chamber), Refah Partisi and others v Turkey, App. No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, 13 de fevereiro de 2003, par. 98).

credores internacionais que seus investimentos estariam protegidos contra expropriação. No entanto, “os investidores descobrem que a promessa não era confiável quando o regime elimina a neutralidade da instituição para permitir a expropriação”.

Hoje, uma postura militante do Judiciário, e mais especialmente das Cortes Constitucionais, não necessariamente estará relacionada ao banimento partidário. Com frequência, as restrições a direitos individuais vêm sob o argumento de defesa e limites da democracia, embora não seja comum, pelo menos no Brasil, que as decisões façam expressa referência ao termo “democracia militante”. Além disso, apesar das medidas militantes terem sido concebidas, a princípio, sob o viés preventivo – impedir que grupos e líderes autoritários cheguem ao poder -, João Pontes (2020, p. 253) defende a adoção de medidas restritivas de direitos como forma de reação ao autoritarismo já instaurado, o que ficaria a cargo do Poder Judiciário.

No Brasil, no curso do Inquérito 4781/DF, analisado nos próximos capítulos, o Ministro Alexandre de Moraes determinou a expedição de mandados de busca e apreensão de equipamentos de empresários bolsonaristas, além do bloqueio de suas contas nas redes sociais, com fundamento na necessidade de “interrupção dos discursos com conteúdo de ódio, subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática” (Brasil, 2020a, p. 29). Neste caso, em decisão amplamente criticada por vários setores da sociedade, o Ministro entendeu que as mensagens com conteúdo difamante e ofensivo ao STF teriam o condão de desestabilizar o regime democrático, razão pela qual seriam legítimas as restrições a direitos de liberdades dos investigados.

De acordo com Oscar Vilhena Vieira e Ademar Borges (2023), no contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral assumiram, para a própria sobrevivência, “um papel militante ou combativo na defesa da Constituição e dos pressupostos fundamentais do regime democrático”. Segundo os autores, o STF e o TSE foram os alvos preferenciais de ataques desde o início do processo eleitoral de 2018 a 2022, e, diante dos reais riscos de ruptura do regime democrático pelos ataques às instituições empreendidos neste período, a jurisprudência produzida pelos tribunais no sentido de vedar a disseminação das *fake news* no processo eleitoral (art. 9-A da Resolução TSE 23.610/2019), investigar os responsáveis pelos ataques do 8 de janeiro (Inq. 4921 e 4922) e invalidar as investidas na desburocratização do acesso às armas pela população civil (ADIs 7188 e 7189) teriam sido medidas fundamentais para preservação da democracia.

4 ENTRE DEMOCRACIA MILITANTE E CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO INQUÉRITO 4781/DF

Em 14 de março de 2019 ocorreu o que, para muitos juristas brasileiros – e até mesmo para os leigos que falam sobre o Direito –, talvez tenha sido a “primeira grande providência tomada pelo STF em defesa da democracia” (Oliveira; Rêgo de, 2022). Nesta data, o Ministro Dias Toffoli, então Presidente da Corte, anunciou em sessão plenária o quanto previsto na Portaria GP nº 69: a instauração de inquérito criminal pelo STF para a apuração dos fatos e infrações relativos às chamadas Fake News.

Na ocasião, o Ministro Dias Toffoli (Brasil, 2019), em seus “considerandos”, registrou a atribuição regimental do Presidente de velar pela intangibilidade das prerrogativas da Corte e de seus membros, bem como, no contexto em questão, considerou “a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*”, infrações estas que atingiriam a honorabilidade e a segurança da Corte, dos seus ministros e familiares.

Por tais razões, com fundamento no art. 43 e seguintes do Regimento Interno do STF, o Presidente da Corte comunicou a providência referente à instauração do “Inquérito das Fake News”, ou, para os maiores críticos, o “Inquérito do fim do mundo”, aproveitando-se da oportunidade para informar a escolha do seu “delegado”⁹ designado para conduzir a investigação criminal, o Ministro Alexandre de Moraes.

Não somente a defesa da Corte contra aos ataques direcionados à instituição e seus componentes, a instauração do Inquérito criminal 4.781 representou, também, uma reação ao desprezo que havia se instaurado na mídia face à atuação do STF na Operação Lava Jato, inclusive com artigo de opinião publicado no site “O Antagonista”, pelo então Procurador da República, Diogo Castor de Mattos, no qual ataca o posicionamento da “turma do abafa” – referindo-se à Segunda Turma do STF - na operação (Lorenzetto; Pereira, 2020, p. 185).

A imagem da instituição estava fragilizada. A população assistia aos ataques mutuamente realizados entre os ministros na imprensa, a concessão de argumentos com interesse pessoal, o desprezo à jurisprudência da Corte em contorcionismos hermenêuticos e virada de casaca em suas decisões. Isto é, a honorabilidade da Corte e de seus “onze

⁹Expressão utilizada pelo Ministro Dias Toffoli em conversa com amigo na festa de aniversário do Ministro Barroso, referindo-se à designação do Ministro Alexandre de Moraes à relatoria do inquérito (Recondo; Weber, 2019, p. 24)

supremos”¹⁰ estava maculada pela opinião pública e, nesse contexto, o inquérito representou, sobretudo, uma “tentativa de recompor a redoma que tradicionalmente protegia o STF e que foi fragilizada pelas novas gerações de ministros” (Recondo; Weber, 2019, p. 25).

Porém, é certo que uma atuação tão heterodoxa da Corte não caminharia silenciosa e isenta de críticas. A instauração de ofício de inquérito criminal pelo Tribunal, que se aloca na posição de vítima de ataques e ofensas proferidas no contexto de polarização política, embora sob o pilar da guarda do regime democrático e proteção das instituições, manifesta atuação controversa do Supremo e instiga debates sobre até que ponto a democracia pode ser mitigada para sua própria proteção, e a legitimidade dos juízes (sentido amplo) para adotarem tais medidas.

4.1 O DEBATE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INQUÉRITO

Desde a sua instauração e durante todo o seu andamento, o Inquérito nº 4.781/DF foi, e tem sido ainda, objeto de indagação por diversos críticos que apontam para a sua inconstitucionalidade. A solução encontrada pelo Supremo para responder aos ataques sofridos envolveu uma interpretação engenhosa do Regimento Interno da Corte, a fim de conferir a competência investigativa para o Tribunal, mas que ultrapassou os limites semânticos do texto. Daí que argumentam os críticos acerca dos limites que o discurso protetivo da democracia (militante) deve ter para a preservação do próprio regime, sob pena de criação de um autoritarismo “às avessas” ao legitimar toda e qualquer atuação arbitrária (Oliveira; Rêgo, p. 328).

Sob a lupa da democracia militante, a excepcionalidade da instauração e condução da investigação pelo STF se justificaria em razão dos ataques empreendidos à jurisdição da Corte e, por consequência, aos princípios democráticos e republicanos, e a inércia do Ministério Público, titular da ação penal pública, na iniciativa do inquérito. Nesse caso, o Regimento Interno do Tribunal e a interpretação que lhe foi conferida pelos ministros seria um “remédio” para as hipóteses nas quais quem teria o dever de defender o STF de um *contemp of court* não o faz (Streck, 2020). Ou seja, diante da omissão da instituição tradicionalmente responsável pela iniciativa do procedimento investigatório, o Tribunal deveria se autoinvestir nesta posição

¹⁰ Em referência à expressão “onze ilhas”, cunhada pelo ex-ministro do STF Sepúlveda Pertence diante da forma de atuação da Corte e a proliferação de decisões monocráticas e embates internos. Segundo o então Ministro, o Supremo era um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis, marcados pela falta de comunicação entre os membros do Tribunal (Recondo; Weber, 2022).

a fim de resguardar a sua própria autoridade e se proteger dos ataques direcionados ao órgão, aos seus ministros e familiares.

Há, contudo, um outro lado da história. Bruno Lorenzetto e Ricardo Pereira (2020, p. 190) apontam a existência de um paralelo entre a atuação do STF e a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, uma vez que “a justificação da investigação não repousa, de modo algum, sobre a normatividade do direito, mas legitima-se (ou procurar legitimar-se) na facticidade da política”. Para os autores, a Corte teria esvaziado a normatividade do direito com a inclusão do fato político, agindo num espaço de indeterminação anômica e procedendo à prática de atos coercitivos com força de lei, no campo da exceção agambeniana.

Porém, do ponto de vista jurídico, a discussão acerca da validade do inquérito e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 foi formalmente encerrada a partir do julgamento da ADPF 572, proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade, cuja relatoria ficara a cargo do Ministro Edson Fachin. No exercício do controle concentrado, a Corte não voltou atrás e, vencido o voto do Ministro Marco Aurélio, foi declarada a constitucionalidade da Portaria GP nº 69, porquanto constitucional o art. 43 do Regimento Interno do STF (Brasil, 2020, p. 379).

Embora a discussão jurídica tenha se sujeitado a um debate final na ADPF 572, as objeções doutrinárias ainda encontram fervorosos apoiadores, especialmente considerada a criação de precedente na Corte. É nesta ocasião, portanto, com a finalidade de identificar e discorrer sobre os pontos controversos acerca da constitucionalidade do Inquérito 4.781, que serão discriminados, aqui, os principais argumentos acusadores e defensivos da (in)constitucionalidade da investigação realizada pelo Tribunal.

4.1.1 Confusão Entre Acusador e Julgador: Resgate do Sistema Inquisitorial

O Tribunal instaurou inquérito de ofício a ser julgado por ele mesmo? O Ministro Alexandre de Moraes fora o “delegado” escolhido a dedo para presidir a investigação? Não há participação do Ministério Público?

Ainda que não se pretenda adentrar em profundas análises acerca dos sistemas processuais penais no direito brasileiro, o levantamento do debate sobre a constitucionalidade na instauração do inquérito e, pois, o respeito às normas que estabelecem um *dever-ser* nos procedimentos investigatórios, enseja a indagação sobre o respaldo jurídico processual-penal que sustenta, ou não, a legalidade da medida adotada pela Corte.

O dispositivo que supostamente teria conferido ao Supremo competência investigativa para o caso, o art. 43 do Regimento Interno do STF (Brasil, 1980, p. 03), prevê que “ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”. No entanto, conquanto haja a previsão da possibilidade de o próprio Tribunal instaurar procedimento investigatório, autores como Fernando Henrique de Moraes Araújo e Aluísio Maciel Neto (2019) sustentam a ofensa desta prerrogativa ao sistema acusatório estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

No julgamento da ADI 6299 MC/DF, que questiona a constitucionalidade da previsão do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Luiz Fux (Brasil, 2020b, p. 16), relator, se manifestou confirmado a inequívoca consagração do sistema acusatório pela CF/88, que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal, e asseverou o principal objetivo desta opção constitucional como sendo a garantia da imparcialidade no processo penal.

Partindo deste ponto, a conclusão pela violação do sistema acusatório, diante da previsão de que o órgão julgador possa iniciar um procedimento de inquérito, implicaria reconhecer o fato de que, em sendo o RISTF anterior à Carta Magna, a norma constante no artigo 43 iria de encontro ao sistema processual penal adotado pelo constituinte originário, tratando-se, pois, de dispositivo não recepcionado pela CF/88. Assim, conforme pressupõe o sistema acusatório, caberia à autoridade policial e ao Ministério Público o poder de investigar, sendo deste último, também, a titularidade da ação penal, em nítida segregação de funções entre os órgãos acusador e julgador.

Em sua doutrina de Direito Constitucional, o Ministro Alexandre de Moraes (2011, p. 523) identifica a função jurisdicional como típica do Poder Judiciário, ou seja, reconhece a este poder a função de julgar o conflito de interesses posto sob sua jurisdição. Acrescenta que assim como os demais Poderes o Judiciário dispõe também de funções atípicas, estas de natureza administrativa e legislativa, sem que o Ministro tenha realizado, contudo, qualquer menção à função investigativa agora exercida e defendida (Araújo; Neto, 2019).

Quando instada a se manifestar no curso da ADPF 572, a então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge (Brasil, 2022), afirmou que a impossibilidade de ter no Poder Judiciário a prerrogativa de investigação criminal se justifica no princípio basilar do sistema acusatório segundo o qual “o órgão estatal responsável pela acusação necessariamente não será responsável pelo julgamento”. Acrescentou ressaltando que “se o órgão que acusa é o mesmo que julga, não há garantia de imparcialidade e haverá a tendência em condenar o acusado”.

Nesse mesmo sentido vinha se construindo a jurisprudência do Supremo. No ano de 2004, no julgamento da ADI nº 1570, o pleno do STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Federal nº 9.034/95 que atribuía ao juiz poderes investigatórios e permitia ao magistrado diligenciar, pessoalmente, os atos necessários à obtenção de provas na persecução penal de organizações criminosas. Neste caso, a Corte entendeu que no sistema acusatório tais funções são conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil, ressaltando que “a realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia” (Brasil, 2004).

Porém, somente o Ministro Marco Aurélio (Brasil, 2020a, p. 302) seguiu nesta linha de entendimento para preservação do sistema constitucional acusatório e, ao confirmar o posicionamento da Procuradoria Geral da República, asseverou estar diante de um inquérito “natimorto”. Para o Ministro, seria flagrante a ausência de recepção do art. 43 do RISTF pela Constituição Federal, uma vez que este dispositivo possui características próprias do sistema inquisitivo, contrário à separação de poderes e, por consequência, destoante do regime democrático-constitucional.

O posicionamento prevalecente, contudo, destacando-se o voto do Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli (Brasil, 2020a, p. 265), fora no sentido de que a investigação promovida no Inquérito das Fake News “não ofende o regramento contido no sistema acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988, nem mesmo o postulado da separação dos poderes (CF, art. 2º)”. Segundo o Presidente, o Supremo não exerceria, nesta investigação, as funções de presidir, denunciar e julgar eventual ação penal, mas tão somente atuaria como “coordenador” na montagem do acerto probatório e resguardaria, por meio de providências acautelatórias, a busca da verdade real.

Evidente que a interpretação agora conferida pela Corte ao dispositivo regimental destoa dos limites afetos à atividade jurisdicional no sistema acusatório. Não por outra razão a ministra Rosa Weber defendeu a “absoluta excepcionalidade” da interpretação ampliativa do Regimento Interno do Supremo e registrou que esta não é a mais adequada e compatível com os princípios e regras eleitas pela CF/88 para disciplinar o processamento e julgamento da pretensão punitiva estatal. Sob este viés, ao votar pela parcial procedência da ação, a ministra entendeu pela prática de excesso nos fatos investigados pela Corte e defendeu a remessa do quanto apurado pelo Inq. 4781 à primeira instância dos fatos relativos a investigados sem foro por prerrogativa de função, preservadas as provas já coligidas, bem como propôs a redistribuição do inquérito por sorteio (Brasil, 2020a, p. 206-211).

Há um claro desconforto com os rumos da investigação. A tentativa de impor restrições e “corrigir” o que foi feito aquém do Direito denota um constrangimento na sustentação da constitucionalidade do inquérito em sua forma inicial. Além disso, a excepcionalidade da interpretação regimental implica o reconhecimento do caráter *ad hoc* da solução encontrada pelo Supremo, afinal, diferentemente dos precedentes que vinham sendo construídos pela Corte, a opção de relativizar o sistema acusatório resgata uma dose de inquisitorialidade na investigação. Ocorre que todo este cenário se pautou no argumento da necessidade de autodefesa institucional. Ou seja, haveria, aqui, uma exceção empreendida como um “mal menor” sob o véu da proteção do regime democrático.

4.1.2 O STF como um Tribunal de Exceção?

A única ocasião na qual a função de ministro do STF atrai para a Corte a competência criminal ocorre quando são os próprios ministros quem praticam os crimes, conforme prevê o art. 102, I, “b”, da CF/88. Ou seja, a competência da Corte é atraída quando os seus membros figuram como sujeitos ativos no crime, nunca quando são vítimas (Lorenzetto; Pereira, 2020, p. 188).

O professor Adilson Abreu Dallari (2020), em artigo publicado no ConJur, titulado como “Todos são iguais perante a lei, exceto os 11 brasileiros do Supremo”, elencou uma série de ilegalidades e inconstitucionalidades no Inquérito das Fake News e registrou, dentre as críticas direcionadas à investigação, que não deve haver confusão entre a instituição Supremo Tribunal Federal e os atuais – porque temporários – ocupantes de seus cargos.

O Ministro Marco Aurélio se opôs à afirmação titular da matéria, afinal, considera-se cidadão igual aos demais (Brasil, 2020, p. 299), e fez concluir que em favor dele não devem ser criadas exceções não aplicáveis aos cidadãos “comuns”. Porém, para Bruno Lorenzetto e Ricardo Pereira (2020, p. 188), a criação de “peculiares prerrogativas de foro de processamento de investigação criminal (por função da vítima ou por seu parentesco)”, institui flagrante inconstitucionalidade diante do estabelecimento de um juízo ou tribunal de exceção, em clara ofensa à vedação constante no art. 5º, incisos XXXVII, e LIII, da CF/88.

Isso porque o *caput* do art. 43, base para a instauração do inquérito pelo Presidente da Corte, condiciona a hipótese de sua aplicação ao envolvimento de autoridades ou pessoas sujeitas à jurisdição do Tribunal no objeto da investigação. No entanto, o fato de os sujeitos investigados serem particulares indeterminados e, em sua maioria, sem foro por prerrogativa de

função, faz concluir que o ministro Dias Toffoli optou por interpretação inversa, e o foro foi estabelecido em razão das vítimas das ofensas, ou seja, pelos próprios ministros do Tribunal e seus familiares (Cabette, 2020).

Neste caso, o inquérito não somente extrapolou na inversão da prerrogativa de foro para a vítima dos fatos, como criou um regime de foro por prerrogativa de função para familiares. A atração da competência investigativa para o STF em razão da relação de parentesco das vítimas com os ministros do Tribunal não parece ter guarida nas disposições constitucionais, o que denota a criação de um juízo de exceção, *post facto*, para a persecução dos crimes (Lorenzetto; Pereira, 2020, p. 188).

Há, ainda, o postulado do juiz natural que assegura que a pessoa processada, ou no caso, investigada, conte com um sistema de distribuição e designação do relator que assegure o afastamento da subjetividade inerente a qualquer interessado no resultado daquele procedimento. Porém, no Inq.4781/DF, a distribuição e escolha do ministro relator assumiu contornos estratégicos que contou com a exclusão de todos os ministros pela assessoria técnica do Supremo, exceto o Ministro Alexandre de Moraes, designado a dedo, *post facto*, pelo Presidente da Corte para a condução da investigação (Recondo; Weber, 2019, p. 25).

Em antiga jurisprudência do STF, o Ministro Celso de Mello (Brasil, 1996), relator, realizou importante observação no que se refere à vedação à criação de juízos *ad hoc*, instituídos após a ocorrência do fato a ser objeto de julgamento:

O princípio da naturalidade do juízo, portanto, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de um lado, os poderes do Estado (impossibilitado, assim, de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção), e assegura ao acusado, de outro, o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, (vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*).

Porém, no julgamento da ADPF 572, a Corte refutou a acusação de violação ao princípio do juiz natural face à criação de tribunal de exceção, porquanto o inquérito, “por ser um procedimento administrativo, não se submete às normas de distribuição afetas ao processo judicial”, sendo evidente a inexistência, nesta fase pré-processual, da figura do delegado natural (Brasil, 2020, p. 371). Assim, não obstante tratar-se de atuação dissidente nunca vista no Supremo, o Tribunal confirmou a constitucionalidade do inquérito sob o argumento de que a (auto)defesa institucional legitimaria as excepcionais diretrizes da investigação.

4.1.3 Contra Tudo e Quase Todos

O regimento interno do STF autoriza a abertura de inquérito caso seja a infração penal praticada “na sede ou dependência do Tribunal” (art. 43 do RISTF). Nesse cenário, o Inquérito 4.781 irá adentrar numa zona mais obscura da interpretação acerca do que seria sede ou dependência da Corte, isto é, indaga-se se a criação e difusão das *fake news*, em ambiente virtual, seria hipótese de incidência do dispositivo regimental.

O Ministro Barroso (Brasil, 2020a, p. 166) entendeu por ultrapassada a interpretação que restringe a expressão “sede ou dependência do Tribunal” a um critério estritamente físico. Em suas palavras:

A ideia de sede ou dependência no mundo contemporâneo já não significa mais dentro de um espaço físico determinado. E, portanto, ataques virtuais ao Supremo Tribunal Federal, via internet, via rede mundial de computadores, e os múltiplos instrumentos que a rede mundial oferece – vão do WhatsApp, passam pelo YouTube, Instagram, Facebook –, todos eles permitem que se amplie a ideia de sede e dependência para significar tudo aquilo que, de alguma forma, chegue ao Tribunal, agredindo-o, sem que necessariamente se exija que alguém tenha fisicamente invadido as dependências do prédio. Portanto, ao analisar o art. 43, assento que “sede, ou dependência”, não exclui, no mundo contemporâneo, a possibilidade de que esses ataques ao Supremo sejam por via virtual e que se considere que isso tenha ocorrido efetivamente dentro do Supremo Tribunal Federal.

Porém, para a Procuradoria Geral de República (Brasil, 2020a), a norma constante no art. 43 do RISTF teria um critério de aplicação claramente espacial, cujo fim se destinaria à investigação de crimes ocorridos no próprio Tribunal, limitando a sua hipótese de incidência, pois, às dependências físicas da Corte. O Ministro Edson Fachin (Brasil, 2020a) contudo, diverge argumentando que “ao praticar infração contra os Ministros, ofende-se o próprio STF, já que eles são órgãos deste Tribunal”.

Sob esta lógica, não haveria limitação quanto ao local de prática da infração a ser investigada, sequer exigindo vinculação ao espaço físico do Tribunal, porquanto as infrações ou crimes cometidos contra os Ministros do Supremo são equiparáveis às infrações ou crimes cometidos contra a Corte – numa perspectiva espacial -. A PGR (Brasil, 2020a), contudo, entendeu como “extrapolação das possibilidades semânticas” a equiparação da expressão “sede ou dependência do Tribunal” a “Ministros do Tribunal”.

Neste caso, inexistindo limites espaciais dos fatos investigados, a problemática que surge consiste na ausência de delimitação objetiva do inquérito, uma vez que a portaria que anuncia a sua instauração não faz menção concreta a fatos específicos, tampouco delimita subjetivamente a investigação – quem são os investigados. Isto é, todo e qualquer cidadão é,

potencialmente, investigado pelo STF (Lorenzetto; Pereira, 2020, p. 189). Então, reconhecendo a abstração do objeto do inquérito, nas vésperas de ser iniciada a sessão plenária na qual o Ministro Presidente Dias Toffoli noticiou a sua abertura, um de seus assessores de confiança definiu o escopo da investigação como um inquérito “contra tudo e quase todos” (Recondo; Weber, 2019, p. 23).

Não por outro motivo a expressão cunhada pelo Ministro Marco Aurélio fora tão recepcionada na definição do inquérito, pois este seria mesmo o “inquérito do fim do mundo”. Daí porque o Inquérito das *Fake News* está associado à face perversa da democracia militante e adentra no âmbito do constitucionalismo abusivo judicial. A delimitação espacial pretendida pelo dispositivo regimental sofreu uma mutação interpretativa para se adequar aos fatos a serem investigados e criar um âmbito de legitimação para a “excepcional” atuação do Tribunal, sob a justificativa de um “mal menor” que denota, contudo, uma atuação judicial aversa ao regime democrático.

4.2 O PARADOXO DEMOCRÁTICO E A LEGITIMAÇÃO DA ABUSIVIDADE JUDICIAL

Muito se discute, também, acerca da (i)legitimidade da atuação do STF na aplicação de medidas cautelares responsáveis por limitar direitos fundamentais como a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa no curso do inquérito. Dentre as decisões proferidas pelo ministro Alexandre de Moraes, responsável pela condução das investigações, fora objeto de críticas a determinação *ex officio* – sem qualquer requerimento do Ministério Público – de retirada de matérias publicadas pelos sites jornalísticos “O Antagonista” e “Revista Crusoé”, sob pena de multa (Araújo; Neto, 2019).

Não há dúvidas a respeito da limitação – ou mesmo cessação -, nesta cautelar, de direitos de liberdade, também chamados de direitos de primeira geração - ou dimensão, considerada a ausência de sucessão cronológica. Segundo explica o professor George Marmelstein (2008, p. 42), a divisão das gerações dos direitos fundamentais foi formulada pelo jurista tcheco Karel Vasak, no ano de 1979, baseado na bandeira francesa e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. De acordo com Vasak, a primeira geração de direitos se refere aos direitos civis e políticos, que estão fundamentados na liberdade (*liberté*) e exigem do Estado uma abstenção, uma postura negativa para preservação das liberdades individuais. Porém, deve se considerar,

que não há exercício pleno destas liberdades, razão pela qual mesmo os direitos de liberdade de expressão e imprensa estão sujeitos a eventual restrição.

O que deve ocorrer, diante disso, é uma ponderação e observância da legitimidade da mitigação desses direitos no contexto do inquérito das *fake news*. No julgamento da ADPF 130, o STF firmou o entendimento segundo o qual a liberdade de imprensa foi qualificada como um “sobredireito” (Brasil, 2009). Com base nisto, a Corte vedou a prática de atos estatais tendentes a configurar qualquer tipo de censura prévia à atividade jornalística, considerada a importância de se resguardar o livre trânsito de ideias e o direito de crítica em um Estado Democrático de Direito.

Em mais recente decisão do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Reclamação (RCL) 51153, foi determinada a cassação de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul responsáveis por proibir a publicação de matéria jornalística da Rede RBS. Em destaque para a jurisprudência consolidada da Corte, o Ministro reafirmou a regra da liberdade de imprensa como sendo a do controle posterior dos excessos praticados pelos veículos de comunicação, rejeitando a hipótese de censura prévia pelo Poder Judiciário (Brasil, 2022, p. 07).

Porém, embora a liberdade seja a regra, o Judiciário tem admitido alguma espécie de relativização deste direito, desde que em defesa do regime democrático, encapando a tese da democracia militante – ainda que não se utilize do termo expressamente. O argumento por diversas vezes utilizado na ADPF 572 fora no sentido de reconhecer na democracia a mais ampla liberdade, porém – enfatiza-se aqui o conectivo de oposição -, diante da necessidade de autodefesa das instituições democráticas, seriam legítimas certas restrições a direitos fundamentais dos cidadãos. Nas palavras do Ministro Barroso (2020a, p. 170), “a democracia precisa ser capaz de agir em legítima defesa dentro da Constituição, dentro das leis, sempre com proporcionalidade, mas as instituições não podem ficar estáticas, paralisadas ou amedrontadas diante de movimentos que visem a destruí-las”.

O pretendido combate às *fake news*, considerado sobretudo o seu poder de influência no processo eleitoral, tem inaugurado uma nova era no Poder Judiciário através da relativização de jurisprudências e entendimentos anteriormente consolidados. A título de exemplo, no ano de 2022, o Tribunal Superior Eleitoral referendou a liminar que determinou a suspensão da exibição, marcada para o dia 24 de outubro, do documentário “Quem mandou matar Jair

Bolsonaro”, produzido pelo canal Brasil Paralelo, embora não houvesse conhecimento acerca do conteúdo da obra¹¹.

Na decisão, o Ministro do TSE, Benedito Gonçalves (Brasil, 2022), ressaltou que o adiamento da estreia do documentário para após a data das eleições do segundo turno não estaria a promover qualquer espécie de censura, uma vez que a suspensão foi determinada de forma neutra, sem prévia análise e realização de juízo de valor sobre os aspectos políticos, ideológicos e artísticos da obra. Em suas palavras, não se pode “reduzir à categoria de “censura” toda e qualquer medida restritiva imposta a veículos de comunicação”. Isto é, a censura prévia é proibida, mas desde que censure sem saber do conteúdo, não há que se falar em censura.

Considerado o atual panorama, as críticas aos mais recentes posicionamentos dos Tribunais Superiores, com destaque para o STF, apontam para uma atuação impessoal e casuística dos ministros da Corte a pretexto de defesa da democracia (Lorenzetto; Pereira, 2020, p. 196), o que tornaria ilegítimas as restrições a direitos realizadas até então. Nesse caso, haveria um verdadeiro paradoxo: ao aplicar medidas militantes (antidemocráticas) de restrição das liberdades dos cidadãos, sob o argumento da autodefesa, a democracia militante corre o risco de destruir o próprio objeto que busca proteger (Macklem, 2006, p. 505).

Assim, a ausência de parâmetros objetivos para as decisões judiciais, seja em respeito à autonomia do Direito, seja em observância aos precedentes dos tribunais, torna a *Justiça* uma máquina maleável para a persecução de interesses particulares e consolidação de posições pessoais dos juízes. As instituições democráticas – com destaque para o Poder Judiciário -, embora atuantes em um processo de autodefesa, podem, elas próprias, incorrerem em abusos inconstitucionais, no que se chama de constitucionalismo abusivo judicial.

4.3 O DESAFIO DE CONCILIAÇÃO DA AUTODEFESA DEMOCRÁTICA E A VEDAÇÃO AO ABUSO JUDICIAL

A possibilidade de que os juízes e tribunais optem por decisões antidemocráticas guiados por uma espécie de “razão prudencial” foi prevista por Rosalind Dixon e David Landau (2021, p. 84) como hipótese na qual se observa um exercício legítimo da *judicial review*. Embora os autores concordem que os tribunais devam “adiar” certas decisões constitucionais

¹¹ Ação de Investigação Judicial Eleitoral (11527) Nº 0601522-38.2022.6.00.0000 (PJe) - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2022/10/23/14/28/54/27cf31bd89f3bc091c6b80716f0fb2134cb32f4283f0bb35d993b135e0b88ea9>

altamente carregadas, sob pena de confronto com o poder político, levado a desobedecer às ordens dos tribunais e atacar a sua independência e jurisdição, defendem que a abusividade da revisão judicial exige a intenção maliciosa dos juízes direcionada a atingir o núcleo democrático.

Por outro lado, o constitucionalismo abusivo judicial, conforme já visto, não exige a demonstração de eventual “má-fé” no comportamento do magistrado. A bem da verdade, no abuso judicial, a subjetividade do julgador é materializada no resultado de sua atividade decisória com viés solipsista, independentemente de cálculo consequencial realizado de “boa-fé”. Isso porque o grande problema da adoção de teorias consequencialistas pelo Poder Judiciário, segundo explica Felipe Viaro (2019, p. 80), é que os argumentos de consequência, numa perspectiva utilitarista das decisões judiciais, confundem-se com argumentos de política, e os juízes, “insuflados pelo novo potencial, poderiam se valer desses tipos de argumentos para concretizar politicamente sua própria visão de mundo”.

Nesse sentido, o que se discute são os limites da lógica prudencial de proteção ao regime democrático como forma de legitimar meios heterodoxos de atuação judicial que resultem na extrapolção dos limites constitucionalmente atribuídos ao julgador. É que a tese consequencialista expõe algumas divergências no que se refere à existência de norma que incida sobre o caso concreto e o seu desprezo pelo julgador em detrimento das consequências socialmente positivas – preferidas pelo magistrado - que podem decorrer da decisão dissidente.

A aderência a teorias da democracia militante expõe bem esse debate. É certo que a democracia guarda consigo o gene da autodestruição. Numa espécie de democracia radical, uma forma de governo puramente majoritária e sem meios de contenção da maioria tende a alimentar uma liderança de demagogos que emergem das próprias massas e degeneram a democracia em direção a um governo autoritário. Por esta razão é que um regime democrático é incapaz de subsistir senão imerso em um arranjo constitucional que garanta mecanismos de limitação de poder e mitigação dos riscos relacionados ao excesso do elemento democrático. Em sendo assim, um elemento necessário à manutenção da democracia é, dentre outros, a criação de mecanismos de controle e dispersão do poder, de modo que a defesa da democracia “ou protege e preserva todos os elementos essenciais do regime, ou não pode ter lugar” (Machado, 2023).

Em outras palavras, a autodefesa democrática não pode, sob o argumento de proteção institucional, afrontar diretrizes de limitação do poder constitucionalmente estabelecidas, numa espécie de sopesamento subjetivo do julgador que prioriza um elemento em detrimento de outro. Nesses casos, o cálculo utilitarista funcionaria como uma espécie de termômetro para

guiar a atividade jurisdicional e induzir à tomada desta ou daquela decisão a partir dos efeitos a serem produzidos. Porém, havendo um sistema jurídico que direcione para uma solução no caso concreto, o direito democrático não pode depender do juiz consequencialista, porquanto o critério decisório não deve guiar-se a partir de uma moralidade privada do julgador, que acredita estar fazendo a escolha certa (Streck, 2020b, p. 927).

Conforme acentua Streck (2020a, p. 32), “um elevado grau de autonomia do Direito é condição de possibilidade para que o Constitucionalismo Contemporâneo propague uma atuação democrática do Estado”. Daí porque questões políticas e morais devem ser discutidas no âmbito do debate político, e o Direito somente deve desconsiderar as decisões políticas quando estas se apresentarem em contraste com o sistema de garantias constitucionalmente estabelecido.

Assim, de um lado, o Judiciário é um Poder do Estado incumbido do dever de zelar pela manutenção do Estado Democrático de Direito, de modo que lhe é exigido agir quando houver flertes autoritários nos poderes representativos (Oliveira; Rêgo, 2023, p. 328). De outro, esta condição não deve servir como álibi para uma atuação discricionária e abusiva do Tribunal, sob pena de desvirtuar a própria Constituição que o legitima. Isso implica reconhecer que embora se pretenda um Judiciário atuante na defesa do regime democrático, a preservação do Direito pressupõe o debate acerca dos limites e formas de controle das decisões judiciais para não incorrer na substituição de um autoritarismo por outro.

5 CONCLUSÃO

Há uma clara relevância na atuação do Judiciário no combate ao constitucionalismo abusivo e quaisquer outras formas de investida autoritária por governos e lideranças políticas, uma vez que este Poder não está sujeito, teoricamente, ao encanto do discurso populista e aos apelos das ruas, podendo exercer um controle mais efetivo e imparcial de atos tendencialmente autoritários.

Em cenários de grave crise institucional e em processos de ameaça à democracia, o Judiciária infla, as Supremas Cortes são chamadas a atuar e repelir as pretensões antidemocráticas, e os juízes são dotados de superpoderes que lhes garantem decisões “excepcionais” para situações excepcionais. Nesse contexto, a democracia militante emerge como uma forma de legitimar atos antidemocráticos entendidos como um mal menor, ou um mal necessário, de modo que, sob um viés utilitarista, o Judiciário estaria legitimado a mitigar a democracia com vistas a se prevenir contra a destruição do regime.

Assim, a partir da união da teoria da democracia militante, que surge na segunda metade do século XX, e o neoconstitucionalismo resultante da reformulação do pensamento jurídico ocidental, a crença na “boa-fé” do Judiciário lhe atribuiu mecanismos para o controle dos demais Poderes, apostando-se no protagonismo judicial como forma salvaguardar a Constituição e o regime democrático. No entanto, quando são fornecidos os instrumentos sem que se faça acompanhar de uma discussão responsável acerca dos seus usos e limitações, o risco criado é que haja um abuso “inverso”, isto é, os Tribunais extrapolam os limites da atividade jurisdicional e podem subverter, através de formas aparentemente constitucionais, o regime que os legitimam.

Nesse sentido, o abuso do Judiciário, identificado neste trabalho como “constitucionalismo abusivo judicial” – em substituição à expressão “ativismo judicial” –, caracteriza o resultado da atuação do julgador que não respeita os limites do Direito e faz da decisão judicial um campo de manifestação de sua subjetividade, ignorando a lei e Constituição produzidas no debate político. E isto pode ser feito, inclusive, conforme se buscou apontar a partir da análise do Inquérito das *Fake News*, sob o discurso de proteção da democracia. Nesse caso, a adoção de medidas casuísticas e a extrapolação interpretativa de dispositivos legais, baseadas num juízo moral particular dos julgadores expõem os resultados da legitimação de uma atuação judicial discricionária e os riscos da abusividade judicial consentida.

No Inq.4781/DF, além de uma resposta às críticas à Corte, a atuação do Supremo Tribunal Federal denotou a busca por uma reação imediata às ofensas direcionadas de forma pessoal aos seus Ministros. A problemática da investigação instaurada reside numa dissidente atuação do Tribunal que põe em xeque a legitimidade e constitucionalidade do inquérito, sendo considerado, em razão disso, uma manifestação do constitucionalismo abusivo judicial.

A princípio, o inquérito foi iniciado pelo próprio STF e não seguiu o caminho tradicional através do Ministério Público. Embora a hipótese seja prevista pelo Regimento Interno da Corte, a constitucionalidade do dispositivo é questionável diante da opção do constituinte originário pelo sistema acusatório, com a especial importância da separação de funções e a prevenção ao risco de parcialidade da vítima-interessada agir na condução da investigação, destacando-se neste inquérito, ainda, a fuga do procedimento de escolha do ministro relator.

Além disso, a amplitude das investigações é uma fonte de inquietação. O inquérito foi instaurado com objeto indefinido e usado para investigar uma vasta gama de atividades e indivíduos, sem limites claros, o que gera insegurança quanto à proteção dos direitos individuais e a liberdade de expressão. A falta de precedentes para esse tipo de atuação gera incertezas e preocupações sobre como ela se encaixa no sistema legal brasileiro, e pior, a criação deste tipo de precedente levanta a questão de como as decisões e conclusões desse inquérito podem impactar futuros casos.

Este debate traz à tona a problemática de que a adoção de teses consequencialistas pelo Judiciário – o que é característico nos argumentos da democracia militante - pode abrir espaço para atuações problemáticas dos Tribunais, especialmente quando essas teses respaldam posturas antidemocráticas assumidas sob a justificativa de proteção da sociedade e da democracia contra um mal maior. Embora este viés consequencialista da democracia militante busque combater ameaças mais graves à democracia, as consequências da implementação desta teoria sem a devida consideração dos seus riscos a longo prazo podem gerar mais prejuízos do que aqueles que se buscam prevenir. O cálculo de custo-benefício realizado para a adoção de medidas militantes não se sujeita a parâmetros objetivos de controle. A ponderação acerca do “mal necessário” se orienta tão somente pelas lentes do julgador baseado no contexto no qual ele está inserido.

Em alguns casos, como no Inquérito das *Fake News*, essa abordagem consequencialista pode ser utilizada para justificar ações que comprometem princípios democráticos, como a liberdade de expressão, a separação de poderes e os direitos individuais sob o argumento de defesa institucional, criando um panorama de legitimação da autofagia democrática e do abuso

judicial. Porém, o que não se pode deixar de lado é que a maleabilidade dos argumentos que respaldam uma decisão subjetivista e, por conseguinte, abusiva, tende a dar azo a todo e qualquer tipo de autoritarismo, uma vez que o seu critério é puramente contextual e dependente das lentes do julgador, o que ameaça o ideal de um Direito autônomo essencial à preservação do regime democrático.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ALENCAR FILHO, José Geraldo. **Judicialização da política e ativismo judicial**: estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial. 2011. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.

AMADO, Juan Antonio García. **Derechos e pretextos**: elementos de crítica del neoconstitucionalismo, in Miguel Carbonell (org.), Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid/México: Trotta/UNAM, 2007, p.237 e ss.

ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes; NETO, Aluísio Antonio Maciel. **Supremo Tribunal Federal ou de Exceção?** Revista Estadão, 2019. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/supremo-tribunal-federal-ou-de-excecao/> Acesso em: 23 de set de 2023.

AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia no Brasil**: uma análise da crise de 2013-2018. Novos estudos CEBRAP, VOLUME 37, Número 02, <http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800020006>, pp. 273-289, Mai-Ago. 2018.

BARBOZA, E. M. Q.; FILHO, I. N. R. **Constitucionalismo Abusivo**: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 79–97, 2019. DOI: 10.30899/dfj.v12i39.641. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>. Acesso em: 9 out. 2023.

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.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240: 1-42, abr./jun. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora.

BOURNE, Angela K.; RIJKEMA; Bastiaan. **Militant democracy, populism, illiberalism**: new challengers and new challenges. European Constitutional Law Review , Volume 18 , Issue 3 , September 2022 , pp. 375 – 384
DOI: <https://doi.org/10.1017/S1574019622000281>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-constitutional-law-review/article/militant-democracy-populism-illiberalism-new-challengers-and-new-challenges/D661CBB09F541AFEC9C84930407EA761>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRANCO, P. G. G; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional** – 14. ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Ação De Investigação Judicial Eleitoral (11527)**. Processo nº 0601522-38.2022.6.00.0000. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Representante: Coligação Brasil da Esperança. Representado: Jair Messias Bolsonaro e outros. Brasília/DF, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em agravo de instrumento gerias nº 177.313 AgR**, Agravante: João Ramos Filho Agravado: Ministério Público Federal. Rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 23-4-1996, 1ª T, DJ de 17-5-1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34420/false>. Acesso em: 30 out. 2023.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570**. Processo nº0000493-50.1997.0.01.0000. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Maurício Corrêa, Distrito Federal, STF, 12 de fev. 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 30 out. 2023;

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Proc. nº 0000001-72.2008.0.01.0000. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Distrito Federal, STF, 30 abr. 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 30 out. 2023.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572** – Proc nº 0019578-93.2019.1.00.0000 Requerente: Partido Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Distrito Federal, STF, 18 jun. 2020a. Disponível em <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 30 out. 2023.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622** – Proc nº.7000614-30.2019.1.00.0000 Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Distrito Federal, STF, 19 de dez. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 09 out. de 2023.

_____. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6299 MC/DF**, Requerente: Partido Trabalhista Nacional e OUTROS. Relator: Min. Luiz Fux. Distrito Federal, STF, 15 de jan. 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 30 out. 2023.

_____. **Portaria GP no 69, de 14 de março de 2019**. [Brasília, DF]: Supremo Tribunal Federal, 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. **Reclamação Constitucional nº 51.153/RS**. Reclamante: RBS Participações S/A. Reclamada: Juíza de Direito da 18ª Vara Cível do Foro Central da comarca de Porto Alegre. Relator: Min. Gilmar Mendes, Distrito Federal, 2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350653273&ext=.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. **Regimento interno do STF de 1980 (atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022)**, Brasília, STF, 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Inquérito Judicial das “Fake News”**: as obviedades que precisam ser explicadas. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas/854579298>. Acesso em: 30 out. 2023.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3.ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPOCCIA, Giovanni. **Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation**. In: Annual Review of Law and Social Science 9: 207-226, Nov 2013. DOI:10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134020.

COMANDUCCI, Paolo. **Principios jurídicos e indeterminación del derecho**, In: DOXA — Cuadernos de Filosofía del Derecho. v. 21-II, Madrid: Instituto Cervantes, 1998, p. 89-104.

CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. **Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI. 2010, p.546-571.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, [S. l.], v. 26, n. 28, 2016. DOI: 10.9771/rppgd.v26i28.18274. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18274>. Acesso em: 12 out. 2023.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. rev. ampl, e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2022.

DALLARI, Adilson Abreu. **Todos são iguais perante a lei, exceto os 11 brasileiros do Supremo**. Revista Consultor Jurídico – Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/interesse-publico-todos-sao-iguais-lei> Acesso em: 18 de set de 2023.

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

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. **Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação** prática. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 133-147, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133. Acesso em 30 out. 2023.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo - Max Limonad, 2000.

GOMES, Flávio Luiz. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 12 out. 2023.

KIM, Richard Pae. **Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional. In:** Interpretação Constitucional no Brasil. Coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p.491-522.

LANDAU, David, **Abusive Constitutionalism** (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646.

LORENZETTO, B. M.; PEREIRA, R. dos R.. **O Supremo Soberano no Estado de Exceção: a (des)aplicação do direito pelo STF no âmbito do Inquérito das “Fake News” (Inquérito n. 4.781)**. Sequência (Florianópolis), n. 85, p. 173–203, maio, 2020.

MACHADO, Fábio Cardoso. **Condições e limites jurídicos da defesa da democracia**. Revista Consultor Jurídico – Conjur, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-22/fabio-machado-limites-juridicos-defesa-democracia>. Acesso em: 31 out. 2023.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, A. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises**. Lua Nova Revista de Cultura e Política n.º 57, 2002. DOI:10.1590/S010264452002000200006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/XtH5MwKHLqBL5xyN7dwd6zC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 09 out. de 2023.

MACKLEM, Patrick. **Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination**. International Journal of Constitutional Law, Volume 4, Issue 3, Jul 2006, pp.488–516, <https://doi.org/10.1093/icon/mol017>

MADDOX, Graham. **Karl Loewenstein, max lerner e a democracia militante: um apelo à “democracia forte”**. Tradução de Thiago Aguiar de Pádua. Revista da Advocacia Pública Federal. Publicado originalmente em “Australian Journal of Political Science”, Volume 54, Issue 4, 2019. Autorização para a tradução datada de 02/06/2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008. p 42;

MALKOPOULOU, Anthoula; NORMAN, Ludving. **Three models of democratic self-defence: militant democracy and its alternatives.** In: Political Studies. Vol. 66. pp. 442-458, May 2019, DOI: 10.1177/0032321717723504. Disponível em: journals.sagepub.com/home/psx. Acesso em: 15 out. 2023.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”.** Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** 2008. Tese. (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo – USP, SP. Orientador: Prof. Álvaro de Vita.

_____. **O entulho autoritário era estoque: o regime nascido da Constituição de 1988 não apenas incorporou práticas da ditadura, mas criou formas novas de autoritarismo.** Quatro Cinco Um. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://laut.org.br/o-entulho-autoritario-era-estoque/>. Acesso em: 01 nov. 2023. , 2020

MICHELON, Cláudio. **Princípios e coerência na argumentação jurídica.** In: Direito e Interpretação - racionalidade e instituições. Macedo Júnior, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** Edição: 27ª. São Paulo: Atlas, 2011.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e interpretação constitucional.** 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-16042012-161140. Acesso em: 2023-06-06.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Inquérito das fake news e democracia defensiva no Brasil.** Revista Consultor Jurídico – Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-28/publico-pragmatico-inquerito-fake-news-democracia-defensiva-brasil>. Acesso em: 25 out. 2023.

PEIXOTO, Geovane. **Entre o Ativismo Judicial e o legítimo exercício da Jurisdição Constitucional: uma análise conceitual.** In: Democracia e Poderes em Crise. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis et al. (Coord). São Paulo: Editora Iasp, 2022.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise.** Dissertação (Mestrado em Direito Público), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Orientador: Prof. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento. Rio de Janeiro, 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** – 2ª ed. -São Paulo: Saraiva, 2015.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises.** São Paulo: Companhia das Letras, 1ª ed., 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SCHEPPELE, Kim Lane. **Worst Practices and the Transnational Legal Order (Or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight)**. Background paper: Wright Lecture, University of Toronto, nov. 2, 2016.

STRECK, L. L. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 4. ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020a.

_____. **Inquérito Judicial do STF:** o MP como parte ou "juiz das garantias"? Revista Consultor Jurídico - Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/opinioao-inquerito-stf-mp-parte-ou-juiz-garantias>. Acesso em: 02 nov. 2023

_____. **Limites do consequencialismo no direito:** dos dilemas Trolley ao coronavírus. Rei - Revista Estudos Institucionais, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 924–934, 2020b. DOI: 10.21783/rei.v6i3.569. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/569>. Acesso em: 1 nov. 2023.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial:** uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Tese. (Pós-graduação em Direito nível Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, RS. Orientador: Prof. Lenio Luiz Streck. UNESP, 2008.

_____. **A supremacia judicial consentida:** uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação Direito-Política. 2016. Tese. (Pós-graduação em Direito nível Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, RS. Orientador: Prof. Lenio Luiz Streck.

_____. **Jurisdição e Ativismo judicial:** Limites da atuação do judiciário. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. ; LOPES, Ziel Ferreira; **Os diálogos institucionais são remédio para o ativismo judicial?** Revista Consultor Jurídico, 09 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial> Acesso em: 12 out. de 2023.

TUSHNET, Mark. **Authoritarian Constitutionalism.** In: Cornell Law Review, Volume 100, Rev. 391, Issue 2 Jan 2015. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss2/3>. Acesso em: 19 out 2023.

VIARO, Felipe Albertini Nani. **Consequencialismo e decisão judicial.** In: CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato; MARTINS, Ivens Gandra da Silva (Coord). **Consequencialismo no Poder Judiciário.** São Paulo: Editora Foco, 2019.

VIEIRA, Luiz Fernando. **Teoria da decisão judicial:** dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 40.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma).** São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Supremocracia.** Revista Direito GV. São Paulo. 4 (2), jul./dez. 2008, p. 441-464

_____; BORGES, Ademar. **Democracia militante e a quadratura do círculo.** Artigo de opinião, JOTA, 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-quadratura-do-circulo-16022023>. Acesso em: 24 out. 2023.

VON ACHENBACH, Jelena. **No Case for Legal Interventionism:** Defending Democracy Through Protecting Pluralism and Parliamentarism. VerfBlog, 2018/12/12. DOI: 10.17176/20190211-224648-0. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/no-case-for-legal-interventionism-defending-democracy-through-protecting-pluralism-and-parliamentarism/> Acesso em: 16 out. 2023.