

## JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE: EQUILIBRANDO-SE ENTRE A CONTENÇÃO DO AUTORITARISMO E O RISCO DO EMPACOTAMENTO

### CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN TIMES OF CRISIS: BALANCING BETWEEN AUTHORITARIAN RESTRAINT AND PACKAGING RISK



Beatriz Carvalho de Araujo Cunha<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo analisa a atuação da jurisdição constitucional em tempos de crise democrática. De início, apresenta o panorama da crise do século XXI, enumerando suas causas e características. Após, aborda a importância do Poder Judiciário nesse contexto. Em seguida, foram apresentados, sem qualquer pretensão de completude, parâmetros que podem ser adotados pelo Judiciário para contenção do autoritarismo. Os instrumentos abarcam a) a função contramajoritária e a rejeição à função representativa; b) a democracia militante, incluindo medidas de prevenção, reação e imunização; c) uma jurisdição constitucional anticíclica; e d) os litígios estruturais. Por outro lado, os tribunais devem se centrar nas seguintes diretrizes: a) proteção das eleições, do sufrágio e do pluripartidarismo; b) tutela da liberdade de expressão; c) defesa da igualdade; d) coibição de atos de violência e de discursos de ódio; e) garantia da separação dos poderes; f) preservação da consistência das decisões públicas e da suficiência do processo deliberativo; g) superação do populismo penal; e h) retomada da efetividade dos direitos Sociais frente ao neoliberalismo autoritário. Por fim, adentra nos meandros que envolvem o risco de empacotamento dos tribunais diante de crises democráticas. Assim, conclui que o cenário impõe uma atuação firme do Poder Judiciário no combate ao autoritarismo, à luz dos parâmetros propostos, mas sem que se perca de vista a ameaça ao seu aparelhamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise democrática. Jurisdição constitucional. Poder Judiciário. Constitucionalismo. Democracia.

**ABSTRACT:** This article analyzes the performance of constitutional jurisdiction in times of democratic crisis. At first, it presents the panorama of the crisis of the 21st century, listing its causes and characteristics. Then, it addresses the importance of the Judiciary in this context. Then, parameters were presented, without any pretense of completeness, which can be adopted by the Judiciary to contain authoritarianism. The instruments cover a) the countermajoritarian function and the rejection of the representative function; b) militant democracy, including prevention, reaction and immunization measures; c) an anti-cyclical constitutional jurisdiction; and d) structural disputes. On the other hand, courts should focus on the following guidelines: a) protection of elections, suffrage and pluripartisanship; b) protection of freedom of expression; c) defense of equality; d) restraint from acts of violence and hate speech; e) ensuring the separation of powers; f) preservation of the consistency of public decisions and the sufficiency of the deliberative process; g) overcoming criminal populism; and h) resumption of

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Instituição de Ensino Superior: UERJ, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Público.

the effectiveness of social rights in the face of authoritarian neoliberalism. Finally, it enters the intricacies that involve the risk of packaging the courts in the face of democratic crises. Thus, it concludes that the scenario imposes a firm action by the Judiciary in the fight against authoritarianism, in the light of the proposed parameters, but without losing sight of the threat to its equipment.

**KEYWORDS:** Democratic crisis. Constitutional jurisdiction. Judicial power. Constitutionalism. Democracy.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Democracias sob Ataque: A Crise do Século XXI. 2. A Importância Decisiva do Poder Judiciário na Contenção da Crise Democrática. 3. O Poder Judiciário na Defesa da Democracia: Parâmetros para Contenção do Autoritarismo. 3.1. Instrumentos. a) A Função Contramajoritária e a Rejeição à Função Representativa; b) Democracia Militante: Medidas de Prevenção, de Reação e de Imunização; c) Jurisdição Constitucional Anticíclica; d) O Litígio Estrutural. 3.2. Diretrizes de Proteção. a) Proteção das Eleições, do Sufrágio e do Pluripartidarismo; b) Tutela da Liberdade de Expressão; c) Defesa da Igualdade; d) Coibição de Atos de Violência e de Discursos de Ódio; e) Garantia da Separação dos Poderes; f) Preservação da Consistência das Decisões Públicas e da Suficiência do Processo Deliberativo; g) Superação do Populismo Penal; h) Retomada da Efetividade dos Direitos Sociais frente ao Neoliberalismo Autoritário. 4. A Ausência de Utopia e o Choque de Realidade: Risco de Empacotamento do Judiciário. 5. Conclusão. Referências.

**SUMMARY:** Introduction. 1. Democracies Under Attack: The Crisis of the 21st Century. 2. The Decisive Importance of the Judiciary Power in Containing the Democratic Crisis. 3. The Judiciary Power in the Defense of Democracy: Parameters for Containing Authoritarianism. 3.1. Instruments. a) The Countermajority Function and the Rejection of the Representative Function; b) Militant Democracy: Prevention, Reaction and Immunization Measures; c) Countercyclical Constitutional Jurisdiction; d) The Structural Litigation. 3.2. Protection Guidelines. a) Protection of Elections, Suffrage and Multipartyism; b) Protection of Freedom of Expression; c) Defense of Equality; d) Refrain from Acts of Violence and Hate Speeches; e) Guarantee of Separation of Powers; f) Preservation of the Consistency of Public Decisions and the Sufficiency of the Deliberative Process; g) Overcoming Criminal Populism; h) Resuming the Effectiveness of Social Rights against Authoritarian Neoliberalism. 4. The Absence of Utopia and the Reality Shock: Risk of Judiciary Bundling. 5. Conclusion. References.

## Introdução

Após a invasão de Capitólio, nos Estados Unidos, ocorrida no dia 6 de janeiro de 2021, o ministro Luiz Fux publicou artigo no qual assegurou, enquanto presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), que a corte permanecerá vigilante para que situação semelhante jamais ocorra no Brasil<sup>2</sup>.

De fato, o alerta soa pertinente. É que, nos últimos tempos, assistimos a uma

---

<sup>2</sup> FUX, Luiz. *Suprema Vigilância*. O GLOBO, Rio de Janeiro, 10 jan. 2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/suprema-vigilancia-24830319>>. Acesso em: 31.jan. 2021

conjuntura de recessão democrática em diversos países do mundo. Governantes populistas autoritários tomaram o poder pela porta da frente, eleitos pelo voto de um povo que não mais se identificava com a representação política tradicional e que se seduziu com uma retórica antissistema, contra “tudo isso que está aí”. No Brasil, com os riscos e peculiaridades próprios de um país em desenvolvimento, o movimento iniciou-se com a “explosão social” de 2013; desenvolveu-se com o lavajatismo e a crise do presidencialismo de coalizão; e ganhou ainda mais força com o impeachment de Dilma Rousseff e a ascensão do neoliberalismo autoritário<sup>3</sup>. Com a posse de Jair Bolsonaro em 2019, a crise alcançou o seu ápice, dando origem a um governo voltado ao ataque à autonomia das instituições, à redução do sistema de proteção social, à criminalização de movimentos sociais e à deslegitimação da ciência.

Nesse contexto, os desafios para contenção da erosão democrática já eram muitos, mas foram acentuados em razão da superveniência de verdadeira turbulência humanitária ocasionada pela pandemia da Covid-19. Para além dos profundos efeitos no campo sanitário, social e econômico, parte da preocupação inicial dos juristas voltou-se à possibilidade de que a crise fosse utilizada como pretexto para corroer ainda mais a democracia<sup>4</sup>. Sob a justificativa de se estar em uma situação de emergência e diante da ausência de previsão de medidas adequadas pelo sistema jurídico, um governo à margem do Estado de Direito poderia ser apresentado como solução<sup>5</sup>. Logo ao início da pandemia, por exemplo, o governo da Hungria requereu ao Legislativo a extensão, por prazo indeterminado, da situação de estado de emergência, o que conferia, ao Executivo, poderes quase que ilimitados<sup>6</sup>.

Nessa conjuntura, o Poder Judiciário deve, de fato, exercer essa vigilância constante para frear a guinada autoritária, o que deve ser feito colocando a democracia e os direitos fundamentais em primeiro plano. Dessa forma, o presente trabalho propõe, sem pretensão de completude, alguns parâmetros para servirem de guia à jurisdição constitucional nesse cenário. Não obstante, essa necessária atuação não pode ofuscar a realidade e os riscos concretos de empacotamento dos tribunais. A defesa da Constituição, portanto, deve se espalhar por outras trincheiras, que perpassam, sobretudo, pelas eleições e pela sociedade civil.

---

<sup>3</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 47-143.

<sup>4</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Coronavírus, 'estado de exceção sanitária' e restrições a direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-estado-excecao-sanitaria-direitos-fundamentais-04042020>. Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>5</sup> BINENBOJM, Gustavo. Pandemia, Poder de Polícia e Estado Democrático de Direito. In: *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro -PGE-RJ*, Rio de Janeiro. V. 3 n. 1, jan./abr. 2020.

<sup>6</sup> O GLOBO. *Executivo da Hungria busca poderes quase ilimitados em meio à crise do coronavírus*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/executivo-da-hungria-busca-poderes-quase-ilimitados-em-meio-crise-do-coronavirus-24321614>. Acesso em: 28 dez.2020.

## 1. Democracias sob Ataque: A Crise do Século XXI

Tradicionalmente, tendemos a associar a morte da democracia por meio de golpes de Estado, como ocorreu durante a Guerra Fria em países como Argentina, Chile e Brasil. Nesses casos, a virada do regime democrático para uma ditadura é de fácil percepção para todos, já que ocorre em um momento único, sob as armas de algum general.

Nos últimos tempos, contudo, governantes populistas autoritários tomaram o poder pela porta da frente, eleitos pelo voto de um povo que não mais se identificava com a representação política tradicional e que se seduziu com uma retórica antissistema, contra “tudo isso que está aí”. As pessoas ainda votam, instituições democráticas permanecem vigentes, mas pouco a pouco são adotadas medidas que, embora isoladamente lícitas, dão origem a um conjunto final marcado pelo autoritarismo. Como inexiste um momento único que marca a virada de chave para a ditadura, a erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível<sup>7</sup>. Nesse estágio, o ponto de ruptura ainda não ocorreu, mas a Constituição está à beira de um fracasso<sup>8</sup>.

Para Balkin<sup>9</sup>, cuida-se de processo que tem como causas (i) o mal funcionamento das instituições que promovem os freios e contrapesos; (ii) a ausência de confiança da população de que os governantes vão exercer o poder de acordo com o interesse popular, e não de acordo com eventual benefício pessoal ou de seus aliados; e (iii) a ausência de tolerância por parte de funcionários públicos em suas afirmações de poder e de obediência a normas políticas de justa concorrência<sup>10</sup>. Dessa forma, à medida que decai a confiança popular nos governantes, a população volta-se a demagogos, que lisonjeiam o público e promovem divisão, raiva e ressentimento.

Há fatores, ainda, que aceleram esse processo de erosão democrática: (i) a perda de confiança nos governantes e nos concidadãos; (ii) a polarização, o que faz com que alguns cidadãos (a) encarem outros como inimigos implacáveis; e (b) gastem atenção e energia com

---

<sup>7</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 17.

<sup>8</sup> BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. In: *Constitutional Democracy in Crisis?* Mark A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet, eds. Oxford University Press forthcoming, 2018. p. 149-150.

<sup>9</sup> Ressalve-se que Balkin atribui tais causas ao fenômeno podridão constitucional (“*constitutional rot*”), por adotar uma visão restritiva de crise constitucional. O autor diferencia ambos, mas destaca que o primeiro pode desencadear a segunda. (BALKIN, Jack M. *Constitutional Crisis and Constitutional Rot*. *Op. cit.* p. 155.)

<sup>10</sup> BALKIN, Jack M. *Constitutional Crisis and Constitutional Rot*. *Op. cit.* p. 149-151.



conflitos simbólicos e conflitos de soma-zero sobre status social; (iii) o aumento da desigualdade social; e (iv) graves falhas na tomada de decisões políticas<sup>11</sup>. Cada um deles, com frequência, exacerba um ao outro, incrementando a crise.

Em âmbito nacional, Luís Roberto Barroso lista três fatores que colocam em xeque as democracias contemporâneas: o arrefecimento do sentimento democrático dos cidadãos, a desigualdade e a corrupção<sup>12</sup>. O primeiro decorre da atual falta de prestígio dos governos fundados na soberania popular e da conseqüente necessidade de renovar a crença nas ideias do Estado de Direito, governo da maioria, limitação do poder, respeito aos direitos fundamentais e livre iniciativa. A desigualdade, por sua vez, funda-se na negação da igualdade de oportunidades, gerando dois grupos – incluídos e excluídos – e fazendo com que parte das pessoas não se sintam integrantes do projeto comum de autogoverno. Por fim, a corrupção é fator que salta aos olhos, sobretudo, nos países emergentes, ocasionando custos econômicos, sociais e morais.

Associado a isso, há um conjunto de circunstâncias contemporâneas relacionadas às inovações tecnológicas, transformações sociais e mudanças nos costumes que são determinantes para a ascensão do populismo conservador radical. Dentre elas, tem-se a globalização e seu impacto sobre o mercado de trabalho, o racismo, o fundamentalismo religioso, as conquistas feministas e dos grupos LGBT, dentre outros<sup>13</sup>.

Um dos principais exemplos de países cuja democracia vem se degradando é a Hungria, na qual todo o poder público está nas mãos de um único partido desde a chegada do premier Viktor Orbán em 2010. Lá, as principais razões da crise democrática decorreram (i) do fato de que a história húngara já era marcada pelo autoritarismo, como se nota no estado autoritário húngaro anterior a 1939; (ii) de certa decepção da população com a democracia, diante da ausência de um rápido alcance dos padrões de vida da Europa Ocidental; (iii) do surgimento de um controle tecnocrático e judicial da política, minando o desenvolvimento do constitucionalismo cívico, da sociedade civil e da democracia participativa; e (iv) da ausência de consenso sobre os valores democráticos liberais no momento da transição democrática, tendo o foco sido a satisfação de necessidades econômicas básicas<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*. p. 152.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. Revolução Tecnológica, Crise da Democracia e Mudança Climática: Limites do Direito num Mundo em Transformação. In: *Revista Estudos Institucionais*. V. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019. p. 1289-1293.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênua: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 87.

<sup>14</sup> HALMAI, Gábor. A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary. In: GRABER, Mark. A. LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* New York, NY: Oxford University

Já no Brasil, com os riscos e peculiaridades próprios de um país em desenvolvimento, o movimento iniciou-se com a “explosão social” de 2013; desenvolveu-se com o lavajatismo e a crise do presidencialismo de coalizão; e ganhou ainda mais força com o impeachment de Dilma Rousseff e a ascensão do neoliberalismo autoritário<sup>15</sup>. Com a posse de Jair Bolsonaro em 2019, a crise alcançou o seu ápice. Associado a esses fatores políticos e econômicos, não se ignora que o próprio modelo adotado pela Constituição de 1988 não ajuda a prevenir cenários de crise democrática, por ter sido adotada a técnica da acumulação, uma tradição latino-americana que permite a agregação de diferentes e conflitantes propostas<sup>16</sup>. Apesar de ter sido uma solução encontrada para lidar com o pluralismo, a previsão de direitos fundamentais contraditórios entre si gera dificuldades na tarefa de interpretar o texto constitucional, ao passo que a estrutura de poder gera, segundo Gargarella, um *desequilibrado sistema de freios e contrapesos*<sup>17</sup>.

Nesse contexto, considerando que a ascensão desses líderes autoritários por vezes se dá pela via das eleições e que o desfalecimento da democracia ocorre de forma gradual, é difícil identificar de pronto um líder autoritário. Cientes disso, Levitsky e Ziblatt propõem quatro indicadores que podem nos ajudar a reconhecê-lo: (i) rejeição das regras democráticas do jogo; (ii) negação da legitimidade dos oponentes políticos; (iii) tolerância ou encorajamento à violência; e (iv) propensão a restringir as liberdades civis de oponentes, inclusive da mídia<sup>18</sup>.

Muito embora o enquadramento em apenas um desses critérios já seja sinal de preocupação, vê-se, no Brasil, o preenchimento de todos eles pelo atual Presidente da República. É que têm sido frequentes declarações minando a legitimidade das eleições e sugerindo a adoção de medidas antidemocráticas, como a ameaça de que “Sem voto impresso em 2022, vamos ter problema pior”<sup>19</sup>, dada após a invasão de Capitólio nos Estados Unidos em janeiro de 2021. Ademais, os seus oponentes políticos são vistos como inimigos e, sem qualquer fundamento, são apontados como aliados de governos estrangeiros rivais, como as constantes sugestões de que o Partido dos Trabalhadores (PT) seria associado à Venezuela ao tempo das

---

Press, 2018. p. 249-252.

<sup>15</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 47-143.

<sup>16</sup> GARGARELLA, Roberto. *Latin America Constitutions in Trouble*. In: GRABER, Mark; A. LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. (org.) *Constitutional Democracy in Crisis?* New York, NY: Oxford University Press, 2018. p. 177-189.

<sup>17</sup> GARGARELLA, Roberto. *Latin America Constitutions in Trouble*. *Op. cit.* p. 184.

<sup>18</sup> LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem?* *Op. cit.* p. 33-34.

<sup>19</sup> EXAME. *Bolsonaro: “Sem voto impresso em 2022, vamos ter problema pior que dos EUA”*. Disponível em: <https://exame.com/brasil/bolsonaro-sem-voto-impresso-em-2022-vamos-ter-problema-pior-que-dos-eua/>. Acesso em: 31 jan. 2021.

eleições de 2018<sup>20</sup>. O ponto que causa maior espanto, contudo, é o frequente estímulo à violência, o que abarca, por exemplo, as incitações a “fuzilar a petralhada”<sup>21</sup>, a participação em atos favoráveis ao fechamento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Congresso Nacional<sup>22</sup> e o apontamento do coronel Ustra como um “herói nacional”<sup>23</sup>. Além disso, o seu governo promove perseguição a quem lhe critica, elaborando, inclusive, dossiê sobre aqueles que integram o movimento antifascismo<sup>24</sup>, e constantes ataques à imprensa<sup>25</sup>, que é uma das suas principais inimigas.

Nesse cenário, o seu governo não poderia ser diferente. Desde 2019, o aparato estatal está voltado à redução do sistema de proteção social, à criminalização de movimentos sociais, à deslegitimação da ciência, ao ataque à autonomia das instituições e ao enfraquecimento dos direitos fundamentais, sobretudo, dos grupos não hegemônicos.

Assim, embora a ascensão de Bolsonaro tenha sido pela via eleitoral e a democracia aparente ainda estar em vigor, não se pode ignorar que ela é corroída pela violação diuturna dos direitos liberais, que constituem garantias irredutíveis de um sistema democrático. É que eleições livres e justas não são uma condição suficiente para uma ordem política democrática, sendo necessário que os governantes se comportem segundo as regras do jogo. Nesse sentido, “se os executivos eleitos livremente (não importa a magnitude de sua maioria) infringem a Constituição, violam os direitos dos indivíduos e das minorias, interferem nas funções legítimas da legislatura e, portanto, deixam de governar dentro dos limites de um estado de direito, seus regimes não são democracias”<sup>26</sup>.

---

<sup>20</sup> FOLHA. *No Rádio, Bolsonaro associa PT a Venezuela e Haddad critica violência*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/no-radio-bolsonaro-associa-pt-a-venezuela-e-haddad-critica-violencia.shtml>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>21</sup> FOLHA. *PT vai ao STF contra Bolsonaro por vídeo em que ele defende 'fuzilar a petralhada'*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/pt-vai-ao-stf-contra-bolsonaro-por-video-em-que-ele-defende-fuzilar-a-petralhada.shtml>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>22</sup> UOL. *Durante ato contra STF e Congresso, Bolsonaro diz que povo está ao lado do governo*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2020/05/03/durante-ato-contra-stf-e-congresso-bolsonaro-diz-que-povo-esta-ao-lado-do-governo.htm>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>23</sup> G1. *Bolsonaro chama coronel Brilhante Ustra de 'herói nacional'*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/08/bolsonaro-chama-coronel-ustra-de-heroi-nacional.ghtml>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>24</sup> UOL. *Ação sigilosa do governo mira professores e policiais antifascistas*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/07/24/ministerio-justica-governo-bolsonaro-antifascistas.htm>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>25</sup> G1. *Bolsonaro e os filhos fizeram 469 ataques a jornalistas e veículos de imprensa em 2020, diz ONG*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/01/25/bolsonaro-e-os-filhos-fizeram-469-ataques-jornalistas-e-veiculos-de-imprensa-em-2020-diz-ong.ghtml>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>26</sup> LINZ, Juan J; STEPAN, Alfred. *Toward Consolidated Democracies*. In: *Journal of Democracy* 7 (1996): 14-33, IS. (Tradução livre).

Logo, diante dessa conjuntura de incansáveis violações aos direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, o Poder Judiciário assume papel ainda mais indispensável para contenção da guinada autoritária, devendo atuar à altura dessa missão constitucional.

## **2. A Importância Decisiva do Poder Judiciário na Contenção da Crise Democrática**

Recentemente, temos nos deparado, nas palavras de Luís Roberto Barroso, com o fenômeno da “judicialização da vida”<sup>27</sup>, decorrente da explosão de litigiosidade no país (vertente quantitativa) e do fato de que as grandes questões nacionais passaram a ter o seu último capítulo perante os tribunais (vertente qualitativa). Em parte, isso abarca a judicialização da política, que é “processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo”<sup>28</sup>.

De certa forma, o fenômeno pode ser atribuído à terceira onda de democratização, iniciada no final dos anos 70, que culminou com a disseminação de cortes constitucionais especializadas em todo o mundo e com a ampla expansão dos poderes dos tribunais. Como produto desse processo, o controle de constitucionalidade consolidou-se como importante instrumento para defesa da democracia, à medida que permite que se assegurem os direitos das minorias contra as majorias legislativas. Mas, foi além: a *judicial review* serviu como uma espécie de catalisador para expansão dos poderes conferidos aos tribunais constitucionais<sup>29</sup>. Assim, ampliou-se o leque de medidas de proteção à democracia postas à disposição das cortes, como, por exemplo, supervisionar e certificar eleições; conduzir processos de impeachment; regular partidos políticos; e aprovar declarações de estados de emergência. Os tribunais tornaram-se, segundo Ginsburg e Huq, os “canivetes suíços do desenho constitucional”<sup>30</sup>.

Especificamente no Brasil, a Constituição de 1988 apresenta condições políticas favoráveis à expansão do Judiciário, por ter inaugurado o Estado Democrático de Direito,

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>28</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. V. 263, maio/ago. 2013, p. 177.

<sup>29</sup> GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018. 187.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p. 187.



prevendo regras básicas do jogo democrático e um catálogo de direitos fundamentais; e por ter adotado arranjo que promove forte fragmentação do poder político e, por consequência, conflitos institucionais<sup>31</sup>. Lado outro, as condições institucionais da Carta também favorecem a judicialização da política, notadamente o seu vasto catálogo de direitos; a atribuição de competências superlativas ao STF; a constitucionalização abrangente; e as normas referentes ao controle de constitucionalidade. No que toca a esse segundo ponto, têm-se como fatores relevantes para aceleração desse processo: a ampliação do número de legitimados e do rol de atos impugnáveis nas ações diretas de inconstitucionalidade; além dos efeitos *erga omnes* e vinculantes<sup>32</sup>.

À luz desse cenário, não se pode negar que, nesses tempos difíceis, o Poder Judiciário assume importância decisiva no desempenho político dos países. Nesse sentido, embora não se acredite na eficiência do Direito isoladamente para conter a crise democrática, certo é que as cortes constitucionais podem funcionar como pontos de veto<sup>33</sup> a medidas autoritárias. Afinal, os tribunais, quando estão funcionando corretamente, “podem impedir tentativas autocráticas de restringir os direitos à liberdade de expressão e de associação, bem como podem evitar que populistas carismáticos desmantelem outros freios à sua autoridade, incluindo eleições, legislaturas e instrumentos internos de responsabilização horizontal”<sup>34</sup>.

É, por essa razão, que, no contexto atual, se esfriou o tradicional debate sobre a legitimidade do Poder Judiciário e a sua dificuldade contramajoritária<sup>35</sup>. Diante da necessidade de conter o arrefecimento democrático, a preocupação volta a ser como pode ser assegurada maior efetividade aos direitos e às instituições. Abandona-se, portanto, a discussão sobre *se* cabe à jurisdição constitucional a defesa da democracia, a fim de se centrar em *como* ela deve ser exercida para conter a guinada autoritária.

### **3. O Poder Judiciário na Defesa da Democracia: Parâmetros para Contenção do Autoritarismo**

---

<sup>31</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. p. 201-205.

<sup>32</sup> *Ibidem*. p. 205-213.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Revolução Tecnológica, Crise da Democracia e Mudança Climática: Limites do Direito num Mundo em Transformação*. *Op. cit.* p. 1293.

<sup>34</sup> GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. *Op. cit.* p. 186.

<sup>35</sup> BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. 2 ed. Connecticut: Yale University Press, 1986. p. 16-23.

### 3.1. Instrumentos

#### a) A Função Contramajoritária e a Rejeição à Função Representativa

Um dos instrumentos colocados à disposição do Poder Judiciário para conter o avanço do autoritarismo é a sua tradicional função contramajoritária. Diante da necessidade de justificar a possibilidade de juízes não eleitos anularem decisões tomadas por agentes políticos investidos de mandato representativo, sedimentou-se o entendimento de que há legitimidade democrática da jurisdição constitucional quando ela se destina à proteção (i) dos direitos fundamentais; e (ii) das regras do jogo democrático.

No contexto contemporâneo, a importância dessa função decorre do fato de que, a partir dela, conclui-se que o voto majoritário não autoriza o mandatário a atuar de forma arbitrária contra minorias e adversários nem ameaçar a autonomia das instituições. Assim, não subsiste eventual alegação de que o líder fora eleito pelo povo e, por isso, tem legitimidade para atuar em conformidade com o seu projeto autoritário. A dimensão procedimental e substancial da democracia constituem âmbito material protegido contra eventuais maiorias transitórias que pretendam enfraquecê-lo.

Ocorre que, mais recentemente, vem sendo defendido também que as cortes constitucionais possuem um papel representativo. À luz da crise de representação política e da interpretação realista de que nem sempre os órgãos eletivos expressam a vontade majoritária, afirma-se que o Poder Judiciário, por vezes, é melhor intérprete da vontade das maiorias do que as instâncias políticas ordinárias<sup>36</sup>. Nesse sentido, eventual decisão que pretenda representar esse sentimento majoritário estaria legitimada a partir da ideia de democracia deliberativa, calcada em votos e argumentos<sup>37</sup>.

Cláudio de Souza Pereira Neto, todavia, ressalta os perigos da adoção desse papel representativo no contexto contemporâneo, lembrando que a viabilidade de representação sem voto sempre foi suscitada para legitimar governos de elites, inclusive elites militares<sup>38</sup>. Além desse contexto histórico no qual foi promulgada a Constituição, há que se recordar que o seu art. 1.º, parágrafo único, rejeita a usurpação elitista do poder.

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. *Op. cit.* p. 158-165.

<sup>37</sup> *Ibidem.* p. 115.

<sup>38</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. *Op. cit.* p. 259.

O risco, ainda, acentua-se diante da constatação de que as cortes constitucionais costumam ser as primeiras vítimas da erosão democrática<sup>39</sup>. Diante da ameaça concreta de empacotamento, eventual função representativa só incrementaria a instrumentalização do tribunal em prol dos interesses ideológicos do governo.

Nesse sentido, as cortes constitucionais, como órgãos tendencialmente neutros, devem perseguir o objetivo de preservar a unidade política e as condições para cooperação social, ocasião em que estarão representando o povo, mas o povo em sua unidade<sup>40</sup>. Dessa forma, é vedado aos magistrados reproduzirem dogmas religiosos ou ideológicos, manifestarem adesão a doutrinas econômicas ou fazerem proselitismo político. Tampouco lhes cabe sucumbir ao vício do aplauso fácil, exercendo uma espécie de função representativa, em detrimento do direito positivo e do constitucionalismo democrático. Caso contrário, os magistrados estarão contribuindo para dividir a sociedade, e não para uni-la, sendo um veículo adicional para erosão da democracia<sup>41</sup>.

Destarte, em períodos de crise, a função contramajoritária adquire ainda mais importância, enfraquecendo o argumento sobre a ausência de legitimidade; ao passo que eventual papel representativo, além de inadmissível em nosso sistema constitucional, demonstra-se perigoso frente ao risco de que seja utilizado como instrumento para corroer cada vez mais a democracia.

## **b) Democracia Militante: Medidas de Prevenção, de Reação e de Imunização**

O conceito original de democracia militante tem como teórico Karl Loewenstein. O alemão angustiou-se com a disseminação de movimentos autoritários no continente europeu na década de 30, por ter reconhecido, desde logo, os riscos desse desencanto em um contexto no qual a democracia era um acontecimento relativamente novo. Até então, havia poucas nações nas quais a democracia e o liberalismo tinham conseguido “se enraizar na mente e na medula das pessoas”<sup>42</sup>, o que as tornava mais suscetíveis à retórica dos autocratas quando diante de crises econômicas e políticas. Nesse cenário, o autor defendeu que era fundamental abandonar

---

<sup>39</sup> GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. *Op. cit.* p. 186.

<sup>40</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. *Op. cit.* p. 261.

<sup>41</sup> *Ibidem*. p. 261.

<sup>42</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe, I. In: *The American Political Science Review*. V. XXIX, n. 04, 1935, p. 573.

uma democracia pacifista, apegada demasiadamente aos princípios que a alicerçavam, para adotar uma democracia militante, que admite o uso de medidas intolerantes para preservá-la<sup>43</sup>. Isso porque Loewenstein reconheceu que, em razão do emocionalismo<sup>44</sup>, eventuais tentativas de combate à ordem ditatorial eram bloqueadas por um sentimento geral de apatia<sup>45</sup>; e, além disso, o fascismo apresentava-se não como uma corrente espiritual, mas como técnica política voltada à conquista e manutenção do poder<sup>46</sup>. Com efeito, o alemão sustentou a necessidade de adoção de dois mecanismos de defesa da democracia: um *método político*, consistente na formação de uma “frente comum”, isto é, uma iniciativa unida entre os setores da população de inclinação democrática contra o autoritarismo<sup>47</sup>; e um *método legislativo*, calcado na elaboração de leis destinadas a neutralizar o fascismo e seus efeitos<sup>48</sup>.

Ocorre que, recentemente, a teoria foi retomada por João Gabriel Madeira Pontes, que inova ao defender que ela abarca não só medidas preventivas, mas também medidas de reação e de imunização<sup>49</sup>. Segundo ele, as propostas tradicionais são insuficientes quando o governo já está tomado por atores de tendências autoritárias, como é o caso da Polônia, Turquia e, até mesmo, Brasil. Desse modo, uma vez no poder, esses agentes possuem capacidade ainda maior para promover a erosão ou extinção da democracia.

Nesse sentido, as medidas preventivas abrangem a não concessão de registro ou banimento de partidos políticos; a proibição ao uso de milícias privadas; a imposição de restrições a determinados discursos; e a vedação de acesso aos meios oficiais de financiamento eleitoral<sup>50</sup>.

As medidas de reação, por sua vez, no que tange à atuação do Poder Judiciário, abarcam a ação popular e a aplicação da lei de segurança nacional<sup>51</sup>. O autor ressalta, ainda, a importância da atuação das Cortes no recebimento de denúncias ou queixas-crime decorrentes da prática de crimes por discursos antidemocráticos proferidos por parlamentares, especialmente quando defendem que determinadas pessoas são cidadãos de segunda classe ou que uma instituição deve ser fechada, na medida em que isso pode ajudar o Legislativo a

---

<sup>43</sup> *Ibidem*. p. 580.

<sup>44</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I. In: *The American Political Science Review*. V. XXXI, n. 03, 1937. p. 418.

<sup>45</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe*, I., op. cit., p. 579.

<sup>46</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I., op. cit. p. 422-423.

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 429.

<sup>48</sup> *Ibidem*. p. 644-656.

<sup>49</sup> PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Lumen Juris, 2020. p. 247-311.

<sup>50</sup> *Ibidem*. p. 247.

<sup>51</sup> *Ibidem*. p. 272-286.

reconhecer a quebra de decoro parlamentar em eventual processo de perda do mandato<sup>52</sup>. A possibilidade de o tribunal intervir nesses processos pode ocorrer, ainda, de forma direta, desde que a título excepcional, quando o objetivo for assegurar o cumprimento da Constituição, dos direitos fundamentais, dos pressupostos da democracia e das instituições republicanas<sup>53</sup>. No mais, ao lado da ação popular, são destacados outros instrumentos processuais importantes, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo<sup>54</sup>.

Por fim, as medidas imunizantes consistem na defesa da igualdade material; na inserção de disciplinas sobre noções de democracia e direito constitucional nas escolas; e no engajamento estatal na rememoração do passado ditatorial<sup>55</sup>. Com efeito, esse terceiro grupo de medidas exige que o Judiciário se dedique a assegurar políticas de redistribuição e reconhecimento, o que perpassa por dar efetividade a direitos fundamentais essenciais ao mínimo existencial e por declarar a inconstitucionalidade da emenda do teto de gastos, indo na contramão adoção acrítica da cartilha neoliberal. Ademais, faz-se necessária a declaração de inconstitucionalidade de leis que visem a amordaçar o amplo debate de ideias em sala de aula, ao contrário do pretendido pelo movimento Escola Sem Partido<sup>56</sup>.

### **c) Jurisdição Constitucional Anticíclica**

Indo além, Cláudio Pereira de Souza Neto defende que o princípio da democracia militante deve funcionar como um parâmetro de modulação da intensidade do controle dos atos do governo Bolsonaro<sup>57</sup>.

O autor parte da premissa de que, atualmente, a teoria da validade dos atos jurídicos tem adotado critérios não binários, mas gradualistas, de modo que devem ser analisadas as razões que podem justificar o fortalecimento ou o enfraquecimento da presunção de validade. Trata-se da mesma lógica empregada pela jurisprudência norte-americana, ao adotar parâmetros diferenciados para avaliar a existência ou não de vício de inconstitucionalidade de atos normativos quando examina a validade de leis restritivas de liberdades públicas básicas e de

---

<sup>52</sup> *Ibidem.* p. 270-271.

<sup>53</sup> *Ibidem.* p. 272.

<sup>54</sup> *Ibidem.* p. 275.

<sup>55</sup> *Ibidem.* p. 286-309.

<sup>56</sup> *Ibidem.* p. 302.

<sup>57</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional.* *Op. cit.* p. 269.



normas que instituem discriminações com base em critérios considerados “suspeitos”, como raça, religião ou origem<sup>58</sup>.

Com efeito, “diante de um governante extremista, com pretensões autocráticas, as instituições devem se manter de prontidão na defesa da democracia política, do pluralismo e dos direitos fundamentais”<sup>59</sup>. Dessa forma, o autor defende uma jurisdição constitucional anticíclica, modulando as suas decisões a depender dos ciclos políticos. Quando diante de governos autoritários, portanto, a jurisdição constitucional deve ser menos deferente, adotando critérios mais rigorosos para controle dos atos estatais, visando à proteção os direitos fundamentais e dos procedimentos democráticos. Trata-se, pois, de uma supressão circunstancial da deferência.

De fato, a ascensão de um líder autoritário deve acender um sinal de alerta nas cortes constitucionais. Isso porque, como a ruína da democracia não mais é realizada por golpes e por ditaduras, a jurisdição constitucional é desafiada a prestar atenção a “medidas que pavimentam o caminho para o autoritarismo”<sup>60</sup>, tais como “concentração de poderes no Executivo, perseguição a líderes de oposição, mudanças nas regras eleitorais, cerceamento da liberdade de expressão, novas constituições ou emendas constitucionais com abuso de poder pelas majorias, esvaziamento ou empacotamento das cortes supremas com juízes submissos”<sup>61</sup>. Assim, ainda que, individualmente, o ato não gere violação direta à ordem vigente, dever-se-á analisá-lo em cotejo com o seu conjunto final para verificar se ele contribui ou não com a erosão da democracia.

#### **d) O Litígio Estrutural**

Para além dos instrumentos já elencados, há que se acrescentar mais um deles: o litígio estrutural, cujo papel, na contenção da crise democrática, é permitir que os pronunciamentos judiciais sejam dotados de maior efetividade, sobretudo quando se relacionem à materialização de direitos fundamentais em casos complexos e que envolvem diversas instituições.

---

<sup>58</sup> SUPREMA CORTE NORTE AMERICANA. *United States vs. Carolene Products* (304 U.S. 144 [308]).

<sup>59</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. *Op. cit.* p. 269.

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. *Op. cit.* p. 86.

<sup>61</sup> *Ibidem*. p. 86.

Sobre isso, há que se lembrar que não só a democracia está sendo corroída, mas o constitucionalismo também vem passando por uma crise de âmbito global, sendo possível observar um retrocesso no que toca à efetivação dos direitos e aos mecanismos institucionais de contenção do poder. É que, em regra, quando a democracia eleitoral não se mantém, também são atingidos outros direitos, liberdades e mecanismos de controle eleitoral, os quais, por sua vez, configuram a essência do constitucionalismo. Como sintetizou Conrado Hübner Mendes, “todo poder autoritário contém dose de violência, ainda que nem toda violência seja autoritária”<sup>62</sup>. Isso ocorre porque o constitucionalismo e a democracia andam juntos, se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo<sup>63</sup>. Desse modo, o litígio estrutural assume especial importância para contenção de graves retrocessos em matéria de direitos fundamentais, permitindo que as decisões judiciais sejam dotadas de maior efetividade e que consigam romper, no plano dos fatos, com a naturalização dessas violações.

Nesse sentido, reconhecendo que o processo civil tradicional é inadequado à tutela de questões complexas, o direito norte-americano desenvolveu uma técnica que se destina a dar conta das necessidades práticas experimentadas no controle judicial de políticas públicas e nos litígios de interesse público<sup>64</sup>. Trata-se das medidas estruturantes, que surgiram com o objetivo de repensar os instrumentos manejados nessas demandas nas quais a atuação direta do Judiciário é tida como problemática, à luz da separação dos poderes, da eventual escassez de recursos e dos entraves burocráticos existentes nessas estruturais institucionalizadas<sup>65</sup>.

Segundo Owen Fiss<sup>66</sup>, o *leading case* de adjudicação estruturante foi a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*<sup>67</sup>. Na ocasião, sepultando a doutrina do “separados, mas iguais”, a Corte determinou o fim da segregação racial nas escolas, cuja implementação perpassaria necessariamente pela reforma estrutural de instituições de grande porte. Alguns anos depois, a partir de *Holt vs. Sarver*<sup>68</sup>, foram proferidas decisões estruturantes com o objetivo de promover a reestruturação do sistema

---

<sup>62</sup> MENDES, Conrado Hübner. *O entulho autoritário era estoque*. Disponível em: <https://www.quatrocincoum.com.br/br/artigos/d/o-entulho-autoritario-era-estoque>. Acesso em: 03 fev. 2021.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

<sup>64</sup> CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review. V. 89. n. 7, 1976. FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review. V. 93. n. 1, 1979.

<sup>65</sup> MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. In: *Revista de Processo*. V. 289/2019, Março de 2019. p. 423-449.

<sup>66</sup> FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review. V. 93. n. 1, 1979, p. 07.

<sup>67</sup> SUPREMA CORTE DOS EUA. *Brown vs. Board of Education of Topeka*. 347 U.S. 483 (1954).

<sup>68</sup> EUA. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF ARKANSAS. 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970) Fevereiro, 1970.

prisional norte-americano. Tratava-se da primeira vez em que “todo o sistema prisional de um Estado teve sua constitucionalidade impugnada judicialmente”.

Com efeito, os processos estruturais foram desenvolvidos com a pretensão de realizar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, para concretizar um direito fundamental, efetivar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos<sup>69</sup>. Assim, não basta que se esteja diante de um litígio coletivo, sendo preciso que haja vários interesses concorrentes em jogo e que a decisão seja passível de interferir na esfera jurídica de vários terceiros.

Nesse sentido, a partir de uma lógica e de um processamento diferenciado, a demanda estruturante pode produzir efeitos mais eficientes e a longo prazo do que a demanda tradicional, já que pressupõe a análise do problema de forma global e prospectiva, ao invés de individual e imediatista. Ademais, além dos “efeitos materiais diretos (relativos à resolução do caso concreto), há efeitos simbólicos e indiretos”<sup>70</sup>, consistentes em instar a opinião pública contra essa violação, demonstrar a gravidade do problema e mobilizar a sociedade civil acerca da questão. Assim, as demandas estruturantes são imprescindíveis para dar conta de violações sistêmicas a determinados direitos, para fins de macrojustiça.

Sob essa perspectiva, torna-se necessário que o procedimento destinado à discussão de políticas públicas tenha amplitude muito maior do que a referida lógica bipolar dos processos, a fim de assegurar que o Judiciário tome contato com o problema em toda a sua extensão. Para tanto, Sérgio Arenhart<sup>71</sup> coloca como imprescindível a satisfação de dois requisitos indispensáveis. O primeiro deles perpassa pela redefinição da noção de contraditório, exigindo a participação de toda a coletividade, por meio de técnicas de representação adequada (v.g., audiências públicas, *amicus curiae*), e a absorção de experiência técnica de especialistas. Nesse ponto, tem-se interessante precedente da Corte Constitucional da África do Sul: o caso *Grootboom*<sup>72</sup>, julgado em 2000, no qual o tribunal determinou, dentre outras medidas, que um órgão técnico independente – *Human Rights Commission* – supervisionasse a elaboração e a

---

<sup>69</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 380.

<sup>70</sup> FACHIN, Melina Girardi. SCHINEMANN, Caio. Decisões estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. In: *Revista Estudos Institucionais*. V. 4. n. 1, 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>. Acesso em: 31 out. 2019.

<sup>71</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

<sup>72</sup> Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000).

implementação do novo programa de moradia, reportando-se ao tribunal.

O segundo requisito, por sua vez, é a adoção de um procedimento diferenciado caracterizado pela reformulação de alguns elementos clássicos do processo civil, como a adstrição da decisão ao pedido<sup>73</sup>; a limitação do debate aos contornos da causa de pedir; e os limites da coisa julgada. Isso porque discussão judicial de políticas públicas decorre de contextos fáticos que são altamente mutáveis e fluidos, de forma que as necessidades de proteção em um determinado momento podem vir a ser distintas da existente em outra ocasião. Nesse sentido, as demandas de potencial estruturante devem ser vistas de maneira permeável, em apreço ao direito à tutela jurisdicional adequada, o qual pressupõe a primazia do mérito em relação ao instrumento, nos termos do art. 4.º do Código de Processo Civil<sup>74</sup>.

Nas demandas estruturantes, tem-se dois grupos de medidas passíveis de serem adotadas: as medidas dialógicas e as medidas coercitivas. As primeiras são aquelas “em que as entidades públicas condenadas são chamadas a fazer parte, de modo ativo, da implementação da decisão”<sup>75</sup>. Um exemplo é a elaboração de um plano de implementação da decisão e, a partir do monitoramento pela jurisdição fiscalizatória, a manutenção do diálogo para flexibilização e adequação das medidas que devem ser tomadas. No âmbito do direito comparado, a técnica já foi adotada pela Corte Constitucional da Colômbia quando reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário e determinou, dentre outras medidas, (i) a elaboração de um plano para a construção e renovação de presídios que visasse a garantir aos presos condições dignas de vida nas prisões; (ii) a realização do aludido plano<sup>76</sup>. Do mesmo modo, a imposição de cronogramas não é estranha à jurisprudência pátria, valendo-se lembrar da condenação a mineradoras e à União a realizar um projeto de recuperação da região, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, e a executá-lo no prazo de três anos<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Um exemplo de protótipo de processo estrutural as decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora dos limites do pedido do autor, condições para o fornecimento desse produto. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há, inclusive, enunciado sumular n.º 116, que autoriza, durante a execução, a substituição do medicamento previsto na sentença, desde que a necessidade tenha como causa a mesma doença. Do mesmo modo, decisões em ações coletivas ambientais têm imposto a obrigação de sujeita qualquer modificação na área afetada à prévia manifestação do órgão ambiental competente.

<sup>74</sup> Art. 4.º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa

<sup>75</sup> FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio. Decisões estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. In: *Revista Estudos Institucionais*. V. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>. Acesso em: 31 out. 2019.

<sup>76</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-153 de 28/04/1998.

<sup>77</sup> O caso foi muito bem analisado no seguinte artigo doutrinário: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

Recentemente, ainda, a 2.<sup>a</sup> Turma do STF determinou que as unidades de execução de medidas socioeducativas de internação de adolescentes não ultrapassem a sua capacidade projetada<sup>78</sup>. Sob o ponto de vista da jurisdição constitucional, o precedente trouxe relevantes ganhos: ao reconhecer a violação massiva e generalizada de direitos no sistema socioeducativo, o STF não só declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional, mas se preocupou em instituir um observatório judicial sobre o cumprimento das internações socioeducativas, visando a acompanhar a implementação da decisão. A importância desse precedente salta aos olhos ao se compará-lo com a decisão proferida nos autos da ADPF n.º 347, na qual a Corte se limitou a declarar a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional. À exceção do avanço conquistado a partir da obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, poucos foram os ganhos obtidos na melhoria do sistema penitenciário de 2015 para cá. Já na decisão voltada ao sistema socioeducativo, o STF não só lançou luzes sobre esse cenário de violação de direitos nesses equipamentos, mas também instituiu o referido comitê de monitoramento do seu cumprimento. Trata-se de claro exemplo de jurisdição fiscalizatória, o que demonstra preocupação da Corte de que as medidas para melhoria do sistema saiam, efetivamente, do papel e tenham potencial transformador.

Por outro lado, caso as medidas dialógicas, enquanto meios menos invasivos, não sejam efetivas para assegurar o direito que se pretende tutelar, será indispensável a adoção das *medidas coercitivas*, como, por exemplo, a imposição de multas. Com efeito, em que pese a preferência pela adoção de meios menos invasivos, não se pode perder de vista o objetivo da propositura da demanda estrutural: a satisfação e a efetividade do direito prestacional, o que deverá ser sempre o critério norteador para determinar a adoção de uma ou outra medida pelo Poder Judiciário.

Logo, a depender do desenrolar do procedimento, é possível que sejam necessárias adoção de medidas coercitivas, como, por exemplo, a fixação de multa diária ou sequestro de verbas públicas para assegurar que o plano, elaborado pelo próprio Poder Público, seja efetivamente cumprido.

### **3.2. Diretrizes de Proteção**

---

<sup>78</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC Coletivo n.º 143.988, Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 21/08/2020.



Para além dos instrumentos indispensáveis para contenção do autoritarismo, há que se analisar quais são as diretrizes pelas quais a jurisdição constitucional deverá se guiar com maior ênfase nesse contexto.

Sobre o tema, João Gabriel Madeira Pontes apresentou uma proposta de operacionalização do conceito de democracia militante no Brasil<sup>79</sup>. Atento às peculiaridades de uma Constituição “chapa branca”<sup>80</sup> e de uma democracia frágil<sup>81</sup>, o autor propõe a aplicação da teoria no país por meio da (i) proteção do sufrágio ativo; (ii) garantia do pluripartidarismo e do sufrágio passivo; (iii) tutela da liberdade de expressão; (iv) defesa da igualdade formal; (v) coibição de atos de violência e de discursos de ódio; e (vi) garantia de mecanismos elementares de separação de poderes.

Cláudio de Souza Pereira Neto, por sua vez, defende que deve haver (i) a preservação da consistência das decisões públicas e da suficiência do processo deliberativo; (ii) o controle de constitucionalidade de decretos quando houver abuso do poder regulamentar; e (iii) a superação do populismo penal<sup>82</sup>.

Há que se acrescentar, ainda, a necessidade de retomada da efetivação dos direitos sociais, controlando eventuais políticas de austeridade que não se compatibilizam com a força normativa da Constituição. Em sendo o neoliberalismo autoritário uma das marcas da atual crise democrática, faz-se necessário que as cortes estejam em estado de alerta em relação a eventuais medidas que, sob o pretexto de efetivar determinada política econômica, enfraqueçam a efetividade dos direitos fundamentais.

Partindo-se dessas premissas, propõe-se que o Poder Judiciário siga as seguintes diretrizes no contexto da erosão democrática: (i) proteção das eleições, do sufrágio e do pluripartidarismo; (ii) tutela da liberdade de expressão; (iii) defesa da igualdade; (iv) coibição de atos de violência e de discursos de ódio; (v) garantia da separação dos poderes; (vi) preservação da consistência das decisões públicas e da suficiência do processo deliberativo; (vii) superação do populismo penal; e (viii) retomada da efetividade dos direitos sociais frente ao neoliberalismo autoritário.

---

<sup>79</sup> PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. *Op. cit.* p. 197-311.

<sup>80</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 348.

<sup>81</sup> ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Powers in the Era of Constitutional Courts*. New York: Cambridge University Press, 2015. p. 10-11.

<sup>82</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. *Op. cit.* p. 272-293.

## a) Proteção das Eleições, do Sufrágio e do Pluripartidarismo

De início, em relação à proteção das eleições, do direito ao sufrágio e do pluripartidarismo, o Poder Judiciário assume papel fundamental.

No que toca à proteção do sufrágio ativo, é possível, por exemplo, o banimento de um partido político que vise à reinstituição do voto censitário ou masculino, ou que pretenda afastar os índios ou negros dos seus direitos eleitorais. Do mesmo modo, pode-se cancelar registro partidário de determinada agremiação que sugira a não convocação de eleições ou que sustente mandatos presidenciais ou parlamentares por longos períodos<sup>83</sup>. A mesma medida pode ser adotada também diante de declarações – que, aliás, se tornaram frequentes – de não aceitação dos resultados eleitorais, como a recente ameaça de Jair Bolsonaro de que “sem voto impresso em 2022, vamos ter problema pior que dos EUA”<sup>84</sup>, feita após a invasão de Capitólio de janeiro de 2021.

Ademais, o Poder Judiciário pode ser ator importante na adoção de medidas militantes para proteção do pluripartidarismo e do sufrágio passivo. A diversidade da competição política deve ser resguardada contra quem, por exemplo, almeje a implementação de um Estado unipartidário; trate, infundadamente, os seus concorrentes como traidores da pátria ou forças subversivas; ou pregue a instituição de limites injustificados ao sufrágio passivo de determinadas minorias, como mulheres, negros, índios, homossexuais<sup>85</sup>. Sobre esse último ponto, a Corte Constitucional turca banuiu o *Refah Partisi*, diante do esforço do partido de alijar as camadas não muçulmanas do processo eleitoral<sup>86</sup>. Pelo mesmo motivo, no Caso Yatama<sup>87</sup>, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a reforma eleitoral ocorrida na Nicarágua acabou por afetar, de forma desproporcional, a comunidade indígena Yatama, inviabilizando-se a sua candidatura e promovendo violação ao princípio da igualdade e da não discriminação<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> *Ibidem*. p. 208.

<sup>84</sup> EXAME. *Bolsonaro: “Sem voto impresso em 2022, vamos ter problema pior que dos EUA”*. Disponível em: <https://exame.com/brasil/bolsonaro-sem-voto-impresso-em-2022-vamos-ter-problema-pior-que-dos-eua/>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>85</sup> PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. *Op. cit.* p. 214-215.

<sup>86</sup> ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Powers in the Era of Constitutional Courts*. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>87</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Yatama vs. Nicarágua*. Série C No. 127, 23 jun. 2005.

<sup>88</sup> Para a Corte, “a exigência de participação através de partidos políticos, que hoje se considera natural nas democracias da América, deveria aceitar as modalidades que a organização tradicional das comunidades indígenas sugere. Não se trata, absolutamente, de minar o sistema de partidos, mas sim de atender, na forma e termos que resultem razoáveis e pertinentes, às condições de vida, trabalho e gestão daquelas [comunidades].” (*Ibidem*.)

## a) Tutela da Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão, por sua vez, também está intrinsecamente relacionada à proteção da democracia e a adoção de medidas é indispensável quando houver obstáculos ao livre trânsito de ideias.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem a tradição de exercer importante papel no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Para além das decisões paradigmáticas sobre a não recepção da antiga Lei de Imprensa<sup>89</sup> e a licitude da Marcha da Maconha<sup>90</sup>, a Corte mais recentemente declarou a constitucionalidade das biografias não autorizadas<sup>91</sup> e a inviabilidade de proibição do uso do humor durante o período eleitoral<sup>92</sup>.

No ano de 2020, sob o fundamento de que houve desvio de finalidade, a Ministra Cármen Lúcia e, depois, o Plenário suspenderam qualquer ato do Ministério da Justiça e da Segurança Pública que tenha por objetivo produzir ou compartilhar informações sobre a vida pessoal, as escolhas pessoais e políticas, práticas cívicas de quaisquer pessoas, inclusive servidores públicos, integrantes do movimento político antifascista<sup>93</sup>. Caso contrário, segundo ela, estaria havendo um uso abusivo da máquina estatal, até porque ideias e críticas a agentes públicos são protegidos pelo direito à liberdade de expressão, que assegura a livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático. Nas palavras da ministra, “A República não admite catacumbas, a democracia não se compadece com segredos, a não ser para se lembrar de situações que precisamos ter como superadas”<sup>94</sup>.

É impossível não se lembrar, ainda, da emblemática decisão na qual o STF reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais. Sob a justificativa de produção de estatística sobre a pandemia, o Governo Federal editou a Medida Provisória n.º 954/2020 para obrigar as operadoras de telefonia a repassarem à Fundação

---

<sup>89</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF n.º 130, Plenário, Relator: Ministro Carlos Britto, DJe 06/11/2009.

<sup>90</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF n.º 187, Plenário, Relator: Ministro Celso de Mello, DJe 29/05/2014.

<sup>91</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI n.º 4.815, Plenário, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, DJe 01/02/2016.

<sup>92</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI n.º 4.451, Plenário, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, DJe 06/03/2019.

<sup>93</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na ADPF 722. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 20/08/2020.

<sup>94</sup> STF. *Ministra Cármen Lúcia vota para proibir Ministério da Justiça de elaborar dossiê contra antifascistas*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449906&ori=1>. Acesso em: 29 dez. 2020.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) dados identificados de seus consumidores de telefonia móvel, celular e endereço. Todavia, referendando a medida cautelar antes deferida pela Ministra Rosa Weber, o plenário declarou a inconstitucionalidade da aludida medida provisória, sob o fundamento de que, muito embora os dados pudessem ser utilizados para formulação de políticas públicas, a norma não se justificava, diante dos direitos à intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais<sup>95</sup>. Atenta à crise democrática, a Ministra citou trecho de artigo de Clarissa Long, que alerta sobre o risco de que a pandemia seja utilizada como “uma oportunidade sem precedentes para os governos justificarem a expansão pós-pandêmica de políticas de vigilância e de coleta de dados tanto de cidadãos quanto de não-cidadãos”<sup>96</sup>.

Outra importante decisão que logo vem à mente foi proferida na ADPF n.º 457, na qual o plenário do STF declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibia a utilização de material didático sobre “ideologia de gênero” nas escolas públicas. Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes destacou que os direitos à liberdade de expressão e de vedação à censura também protegem opiniões não compartilhadas pela maioria, o que é imprescindível para assegurar o pluralismo democrático<sup>97</sup>.

Vislumbra-se, ainda, a necessidade de contenção de ameaças à democracia no âmbito do fomento, a fim de que “os mecanismos de estímulo, quando existentes, não sejam intencionalmente direcionados para prejudicar uma ou outra visão de mundo”<sup>98</sup>. Isso porque, recentemente, uma das formas de ressignificação do direito à liberdade vem ocorrendo a partir de um dirigismo cultural, cujos instrumentos são a proibição de determinados espetáculos ou exposições em espaços mantidos por entes públicos e a discriminação ideológica na distribuição de verbas e fomento<sup>99</sup>. Com efeito, impõe-se que o Estado também aja de forma imparcial quando exerce o papel de alocador de recursos públicos, assumindo um compromisso com a diversidade e rejeitando qualquer linha ideológica específica<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Referendo na Medida Cautelar nas ADI 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020.

<sup>96</sup> LONG, Clarissa; Privacy and Pandemics. In: PISTOR, Katharina. *Law in the time of COVID-19*. Columbia: Law School Books, 2020.

<sup>97</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 457, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 24/04/2020.

<sup>98</sup> PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Op. cit. p. 225.

<sup>99</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020. No prelo.

<sup>100</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. 1. ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 51-53.

### c) Defesa da Igualdade

Há necessidade, também, de resguardar o princípio da igualdade, o que, à luz do tema deste trabalho, se relaciona especialmente com a relação desse postulado e o sufrágio universal. Assim, o tratamento isonômico exige não somente que se garanta a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal, mas também que seja defesa contra condutas que lhes impeçam de fruir os direitos políticos – o que inclui, por exemplo, eventuais pedidos de declaração de nulidade de atos normativos ao Poder Judiciário<sup>101</sup>.

Mas, não é só. Para que se tenha uma autêntica democracia, é preciso que o princípio da igualdade se espraie para além do momento das eleições e alcance outras instâncias de experiência coletiva, vedando a implementação de quaisquer políticas discriminatórias<sup>102</sup>.

Sobre o tema, merece ser lembrada a decisão proferida na ADPF 635, na qual a Corte Constitucional reconheceu que a letalidade policial no Rio de Janeiro gera uma violação generalizada de direitos humanos. Por essa razão, o plenário determinou a adoção de diversas medidas destinadas a promover racionalidade à política de segurança pública fluminense, tais como (i) a utilização de helicópteros somente em caso de estrita necessidade, que deverá ser comprovada por meio da produção de um relatório circunstanciado ao término da operação; (ii) a preservação de vestígios de crimes cometidos em operações policiais, de modo a evitar a remoção indevida de cadáveres, peças e objetos; (iii) a absoluta excepcionalidade da realização de operações policiais próximas a escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, de forma que, caso realizada nesse perímetro, deve ser apresentada justificativa ao Ministério Público no prazo de 24 horas; (iv) a obrigatoriedade de que a investigação de crimes supostamente cometidos por agentes de segurança pública seja conduzida pelo Ministério Público, por se tratar de instituição independente e imparcial<sup>103</sup>. Dias antes do deferimento da liminar pelo Ministro Edson Fachin, decisão semelhante havia sido proferida em ação civil pública movida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro junto ao Tribunal de Justiça do mesmo estado.

Com efeito, ambas as cortes cumpriram importante papel na efetivação do princípio da igualdade, ao romper com a naturalização das mortes, lesões e aulas perdidas, até então vistos como meros “danos colaterais” decorrentes do combate à criminalidade. Todas as

---

<sup>101</sup> PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Op. cit., p. 227.

<sup>102</sup> *Ibidem*. p. 229.

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635, Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 17/08/2020.



peças merecem igual valor e consideração e a dignidade, enquanto valor intrínseco<sup>104</sup>, é ontológica, já que independe de qualquer outro aspecto contingencial, pouco importando o status ou a conduta praticada pelo indivíduo. Assim, não se admite a instrumentalização de qualquer ser humano, seja para atender a qualquer uma das funções da pena (retributiva ou preventiva), seja para alcançar a segurança pública<sup>105</sup>.

Outra decisão paradigmática em que o STF se demonstrou à altura da sua missão constitucional foi aquela já mencionada e proferida no HC Coletivo n.º 143.988, ocasião em que a 2ª Turma determinou que as unidades de execução de medidas socioeducativas de internação de adolescentes não ultrapassem a sua capacidade projetada<sup>106</sup>. A decisão, portanto, demonstrou que a mais alta Corte do país leva os direitos das crianças e adolescentes a sério; e que *todos* os adolescentes, independentemente da prática ou não de ato infracional, são igualmente dignos da proteção estatal. Afinal, a subsistência de unidades – que se pretendem socioeducativas – superlotadas, insalubres e em condições sanitárias sub-humanas ainda representava um resquício da prática social adultocêntrica anterior à vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, assemelhando tais estabelecimentos a prisões, muito embora devessem mais se equivar a escolas. Ademais, a manutenção de equipamentos como esses parecia retomar a divisão entre as “crianças e adolescentes”, que vivem em situação de normalidade; e os “menores”, em situação irregular, sub-integrados, normalmente pobres e desvalidos. Logo, o STF reconheceu a condição de dignidade aos adolescentes internados, rompendo com a tradicional naturalização da superpopulação socioeducativa e aproximando-se, cada vez mais, da universalização da dignidade humana<sup>107</sup>.

Destarte, a proteção e promoção do princípio da igualdade é diretriz fundamental para que o Poder Judiciário atue na contenção da crise democrática, devendo resguardá-lo tanto no que se refere ao sufrágio universal, como para impedir quaisquer políticas discriminatórias.

#### **d) Coibição de Atos de Violência e de Discursos de Ódio**

---

<sup>104</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 73.

<sup>105</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020. No prelo.

<sup>106</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus Coletivo n. 143.988, Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 21/08/2020.

<sup>107</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 59-68.

Lado outro, conforme alertado por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, um dos principais indicativos de comportamento autoritário é a aceitação ou o encorajamento da violência<sup>108</sup>. Com efeito, coibir atos de violência e os discursos de ódio também é parte da contenção de ameaças antidemocráticas, sobretudo quando direcionados a membros de grupos sociais vulneráveis. Desse modo, declarações de que moradores de favelas devem ser fuzilados e a adoção de discursos de ódio por partidos e agentes políticos impõem a adoção de medidas militantes<sup>109</sup>. Não à toa, ainda em 2018, Pontes e Sarmiento publicaram artigo defendendo a inelegibilidade de Jair Bolsonaro, com fulcro no art. 17, *caput*, da Constituição, em razão das suas declarações de que algumas mulheres não mereciam ser estupradas; e que preferia ver seu filho morto a sabê-lo homossexual<sup>110</sup>.

#### **e) Garantia da Separação dos Poderes**

Ademais, a proteção à democracia pressupõe a garantia de mecanismos elementares de separação de poderes. Afinal, a limitação do poder perpassa não só pelo sistema de direitos fundamentais, mas pela previsão dos arranjos institucionais indispensáveis para obstaculizar a instauração da tirania. Nesse sentido, as medidas militantes poderão ser adotadas, por exemplo, quando determinado partido ou agente político tenha a intenção de eliminar alguma das instâncias de poder ou retirar a sua autonomia funcional<sup>111</sup>. Seguindo essa linha de raciocínio, o Ministro Edson Fachin utilizou a teoria da democracia militante quando decidiu pela constitucionalidade do controvertido inquérito que investiga atos contrários à legitimidade institucional do STF<sup>112</sup>.

Ressalte-se, ainda, que a adoção da teoria não se limita ao resguardo da divisão tripartite de poderes, já que, atualmente, há novas instituições autônomas e independentes que desempenham papel indispensável na democracia contemporânea<sup>113</sup>, como as Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, Tribunais de Contas, dentre outros.

---

<sup>108</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. *Op. cit.* p. 759.

<sup>109</sup> PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. *Op. cit.* p. 235-238.

<sup>110</sup> SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>111</sup> *Ibidem*. p. 243.

<sup>112</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 572, voto do Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 18/06/2020, DJe 12/11/2020.

<sup>113</sup> ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. In: *Revista de Direito Administrativo*. V. 265, 2014, p. 15.

Sobre o tema, inclusive, foi deferida medida liminar pelo Ministro Alexandre de Moraes para suspender o decreto de nomeação de Alexandre Ramagem para o cargo de diretor-geral da Polícia Federal<sup>114</sup>. Em que pese polêmica, a decisão foi amparada no desvio de finalidade do ato e na mácula aos princípios da impessoalidade e moralidade da Administração Pública. De fato, não se tratava da primeira vez que Jair Bolsonaro nomeava pessoas para a chefia de órgãos com o objetivo de, justamente, aparelhá-los e desvirtuá-los de suas finalidades institucionais. Nesse caso, contudo, havia evidências concretas – e, inclusive, declarações do próprio Presidente pedindo relatórios diários – que indicavam que ele pretendia fazer intervenções políticas na Polícia Federal.

Além disso, o ano de 2020 contou com importantes decisões que visavam a assegurar a transparência na gestão pública. Nesse sentido, considerando que o princípio da separação dos poderes não pressupõe uma divisão estanque, mas harmônica, a transparência é o que permite que o controle recíproco seja possível, proporcionando os freios e contrapesos. Sobre o tema, foi proferida medida liminar pelo Ministro Alexandre de Moraes, que depois veio a ser referendada pelo plenário, suspendendo norma da Medida Provisória n.º 928/20 que (a) estabelecia a suspensão dos prazos de resposta a pedidos de acesso à informação, (b) impedia o conhecimento de recursos interpostos contra essa negativa de resposta e (c) dificultava seu posterior acesso, por exigir a necessidade de reiteração do pedido quando findo o estado de calamidade pública<sup>115</sup>. Conforme ressaltado na fundamentação, o acesso às informações é uma garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático. Com efeito, a norma impugnada não só não auxiliava em nada no combate à pandemia para que se pudesse justificar eventual restrição a um direito fundamental; como ocasionava violação aos princípios da publicidade e da transparência.

Outra decisão emblemática também proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, que depois veio a ser referendada pelo Plenário, determinou ao Ministério da Saúde que mantivesse a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia, inclusive no sítio eletrônico do órgão, com os números acumulados de ocorrências<sup>116</sup>. Isso porque, após reiteradas trocas da chefia do Ministério, começaram a ocorrer atrasos injustificáveis na divulgação do número diário de óbitos e, em seguida, a própria omissão na publicação dos

---

<sup>114</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança n. 37.097-DF, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 29/04/2020.

<sup>115</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6351-DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 30/04/2020.

<sup>116</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Referendo na Medida Cautelar na ADPF 690. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 20/11/2020.

números totais de casos confirmados e mortes. Em que pese não fosse grande surpresa, diante do negacionismo e anticientificismo da Presidência da República, a conduta representava clara afronta aos princípios da publicidade e da transparência, além de que dificultava o monitoramento da pandemia para fins de direcionamento das políticas públicas pertinentes.

Ademais, amparado na mesma ideia de freios e contrapesos, Cláudio de Souza Pereira Neto vislumbra que a mudança de entendimento do STF quanto à viabilidade de controle de constitucionalidade de decretos quando diante de abuso do poder regulamentar é instrumento importante para contenção do arbítrio<sup>117</sup>. Como é frequente que políticos autoritários governem mediante a edição de decretos, sendo certo que alguns deles não se limitam a dar fiel execução às leis (art. 84, IV, da CRFB), faz-se indispensável que esse exercício abusivo do poder regulamentar possa ser impugnado pela via do controle abstrato de constitucionalidade, a fim de que haja a possibilidade de afastar de modo global a eventual ameaça aos valores constitucionais. Recentemente, inclusive, o STF suspendeu norma de decreto de Bolsonaro que extinguiu inúmeros conselhos, em atenção à violação à lei e, por consequência, ao princípio da legalidade<sup>118</sup>, e o Ministro Barroso suspendeu norma de decreto que esvaziava o Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA)<sup>119</sup>.

Dessa forma, no contexto contemporâneo, a garantia de mecanismos elementares de separação de poderes é uma trincheira de fundamental importância para atuação do Poder Judiciário, devendo combater não só atos que visem à eliminação ou enfraquecimento de poderes constituídos, mas também aqueles que obstaculizam o controle recíproco indispensável para os freios e contrapesos.

## **f) Preservação da Consistência das Decisões Públicas e da Suficiência do Processo Deliberativo**

Ademais, uma das frentes que deve ser combatida pelo Poder Judiciário é a ausência de compromisso público com a racionalidade<sup>120</sup>. A relação disso com o contexto da crise que

---

<sup>117</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 282-284.

<sup>118</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Referendo em Medida Cautelar na ADI 6121, Plenário, Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 13/06/2019, DJe 14/06/2019.

<sup>119</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Liminar na Medida Cautelar na ADPF 622, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 20/12/2019, DJe 03/02/2020.

<sup>120</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. *Op. cit.*. p. 273.

vivemos é que um dos elementos centrais do fascismo é, justamente, o anti-intelectualismo, manifestado por meio da desvalorização da educação, da especialização e da linguagem<sup>121</sup>.

Não por acaso, o governo federal atual não é, em nada, deferente ao conhecimento científico, atribuindo maior credibilidade a teorias da conspiração e *fake news*, em detrimento de dados e pesquisas de universidades. Isso já se mostrava evidente com relação, por exemplo, à política ambiental e ao esvaziamento de instituições de fomento à pesquisa, mas se tornou escancarado na pandemia da Covid-19, em razão do negacionismo do Presidente.

Assim, para Cláudio de Souza Pereira Neto, no cenário atual, deve haver vigilância com relação à observância do princípio da deliberação informada pelo Executivo e Legislativo, de modo que suas decisões sejam embasadas em informações consistentes, produzidas em conformidade com critérios objetivos e racionais<sup>122</sup>. Para além da indispensável prestação de contas, as quais os governantes se submetem em um regime democrático, a preservação da consistência das decisões públicas também decorre de recentes inovações legislativas: a emenda constitucional n.º 95 estabelece a obrigatoriedade de que os projetos de lei que criem despesas obrigatórias ou instituem renúncia de receitas sejam acompanhados de estudo de impacto orçamentário e financeiro (art. 113 do ADCT); o decreto n.º 9191/2017 instituiu a necessidade de que o parecer de mérito em processos legislativos inclua a análise de impacto da medida (art. 32, VI); e a Lei n.º 13.848/2019 prevê que a edição de atos normativos deve ser acompanhada de análise de impacto regulatório.

Não à toa, o STF anulou recentemente algumas decisões sob o fundamento da insuficiência ou inconsistência da fundamentação. Foi o caso da decisão que anulou portaria que estabelecia prazos para aprovação tácita de agrotóxicos e outros produtos químicos empregados na agricultura<sup>123</sup>; e da recente declaração de inconstitucionalidade de lei que concedia isenção de Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) a portadores de doenças graves em Roraima<sup>124</sup>.

Além disso, Souza Neto também defende o cabimento da intervenção judicial quando não houver deliberação suficiente sobre os projetos submetidos à apreciação parlamentar<sup>125</sup>. É que deve ser parcialmente revisto o antigo entendimento do STF quanto à

---

<sup>121</sup> *Ibidem*. p. 166.

<sup>122</sup> *Ibidem*. p. 273.

<sup>123</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 565, Plenário, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 17/05/2019, DJe 29/05/2019.

<sup>124</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 6074, Plenário, Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de Julgamento: 21/12/2020, DJe, 07/01/2021.

<sup>125</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. Op. cit. p. 277-282.



impossibilidade de intervir em matéria *interna corporis* do Parlamento<sup>126</sup>, uma vez que a necessidade de efetiva discussão dos projetos de lei é prevista em sede constitucional (arts. 58, § 2.º, I, 60, § 2.º, 64 e 65). Inclusive, que, em que pese a maioria decida em um regime democrático, ela deve enfrentar os argumentos apresentados pelos parlamentares que integram os grupos minoritários<sup>127</sup>.

Lado outro, no ano de 2020, o STF também foi firme em reconhecer o valor da ciência, podendo ser citados os precedentes nos quais (i) se estabeleceu a autonomia de Estados e Municípios para adotar medidas de contenção à pandemia, desde que amparadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes<sup>128</sup>; (ii) se destacou que a desconsideração dos dados da ciência poderia levar à responsabilização dos agentes públicos<sup>129</sup>; e, (iii) se fixou tese acerca da obrigatoriedade de imunização por meio de vacina<sup>130</sup>.

Sobre o tema, é importante salientar que o pluralismo, que marca a essência da democracia, não se confunde com um direito de manipulação dos fatos. Ao revés, um debate político significativo pressupõe uma base epistêmica comum, isto é, que os fatos façam parte de uma propriedade comum e que somente as suas implicações sejam contestadas. Com efeito, a democracia resta corroída, caso o valor dos fatos seja minado e/ou as suas respectivas fontes tradicionais sejam corrompidas, dando-se preferência a fontes enganosas e errôneas<sup>131</sup>.

### **g) Superação do Populismo Penal**

Ademais, uma das frentes que deve ser combatida pelo Poder Judiciário é a ausência de compromisso público com a racionalidade<sup>132</sup>. A relação disso com o contexto da crise que

---

<sup>126</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 4425, Plenário, Relator: Ministro Ayres Britto, Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 14/03/2013, DJe 19/12/2013.

<sup>127</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito à justificativa*. Tese (Concurso de Professor Titular da UERJ). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

<sup>128</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI n.º 6343, Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 06/05/2020.

<sup>129</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431, Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 21/05/2020.

<sup>130</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 6586 e 6587, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 17/12/2020. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário com Agravo 1267879, Relator: Roberto Barroso. Data de Julgamento: 17/12/2020.

<sup>131</sup> GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. *Op. cit.* p. 197.

<sup>132</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. *Op. cit.* p. 273.

vivemos é que um dos elementos centrais do fascismo é, justamente, o anti-intelectualismo, manifestado por meio da desvalorização da educação, da especialização e da linguagem<sup>133</sup>.

Não por acaso, o governo federal atual não é, em nada, deferente ao conhecimento científico, atribuindo maior credibilidade a teorias da conspiração e *fake news*, em detrimento de dados e pesquisas de universidades. Isso já se mostrava evidente com relação, por exemplo, à política ambiental e ao esvaziamento de instituições de fomento à pesquisa, mas se tornou escancarado na pandemia da Covid-19, em razão do negacionismo do Presidente.

Assim, para Cláudio de Souza Pereira Neto, no cenário atual, deve haver vigilância com relação à observância do princípio da deliberação informada pelo Executivo e Legislativo, de modo que suas decisões sejam embasadas em informações consistentes, produzidas em conformidade com critérios objetivos e racionais<sup>134</sup>. Para além da indispensável prestação de contas as quais os governantes se submetem em um regime democrático, a preservação da consistência das decisões públicas também decorre de recentes inovações legislativas: a emenda constitucional n.º 95 estabelece a obrigatoriedade de que os projetos de lei que criem despesas obrigatórias ou instituem renúncia de receitas sejam acompanhados de estudo de impacto orçamentário e financeiro (art. 113 do ADCT); o decreto n.º 9191/2017 instituiu a necessidade de que o parecer de mérito em processos legislativos inclua a análise de impacto da medida (art. 32, VI); e a Lei n.º 13.848/2019 prevê que a edição de atos normativos deve ser acompanhada de análise de impacto regulatório.

Não à toa, o STF anulou recentemente algumas decisões sob o fundamento da insuficiência ou inconsistência da fundamentação. Foi o caso da decisão que anulou portaria que estabelecia prazos para aprovação tácita de agrotóxicos e outros produtos químicos empregados na agricultura<sup>135</sup>; e da recente declaração de inconstitucionalidade de lei que concedia isenção de Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) a portadores de doenças graves em Roraima<sup>136</sup>.

Além disso, Souza Neto também defende o cabimento da intervenção judicial quando não houver deliberação suficiente sobre os projetos submetidos à apreciação parlamentar<sup>137</sup>. É que deve ser parcialmente revisto o antigo entendimento do STF quanto à

---

<sup>133</sup> *Ibidem*. p. 166.

<sup>134</sup> *Ibidem*. p. 273.

<sup>135</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 565, Plenário, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 17/05/2019, DJe 29/05/2019.

<sup>136</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 6074, Plenário, Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de Julgamento: 21/12/2020, DJe, 07/01/2021.

<sup>137</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. Op. cit. p. 277-282.

impossibilidade de intervir em matéria *interna corporis* do Parlamento<sup>138</sup>, uma vez que a necessidade de efetiva discussão dos projetos de lei é prevista em sede constitucional (arts. 58, § 2.º, I, 60, § 2.º, 64 e 65). Inclusive, que, em que pese a maioria decida em um regime democrático, ela deve enfrentar os argumentos apresentados pelos parlamentares que integram os grupos minoritários<sup>139</sup>.

Lado outro, no ano de 2020, o STF também foi firme em reconhecer o valor da ciência, podendo ser citados os precedentes nos quais (i) se estabeleceu a autonomia de Estados e Municípios para adotar medidas de contenção à pandemia, desde que amparadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes<sup>140</sup>; (ii) se destacou que a desconsideração dos dados da ciência poderia levar à responsabilização dos agentes públicos<sup>141</sup>; e, (iii) se fixou tese acerca da obrigatoriedade de imunização por meio de vacina<sup>142</sup>.

Sobre o tema, é importante salientar que o pluralismo, que marca a essência da democracia, não se confunde com um direito de manipulação dos fatos. Ao revés, um debate político significativo pressupõe uma base epistêmica comum, isto é, que os fatos façam parte de uma propriedade comum e que somente as suas implicações sejam contestadas. Com efeito, a democracia resta corroída, caso o valor dos fatos seja minado e/ou as suas respectivas fontes tradicionais sejam corrompidas, dando-se preferência a fontes enganosas e errôneas<sup>143</sup>.

## **h) Retomada da efetividade dos Direitos Sociais frente ao Neoliberalismo Autoritário**

Ademais, não se pode olvidar que o neoliberalismo autoritário é fator estruturante da crise democrática contemporânea. Ele se caracteriza pela redução da intervenção estatal na economia e desmantelamento do sistema de proteção social. Em síntese: adota-se uma política de austeridade que prioriza dos interesses das grandes empresas e rejeita os direitos sociais,

---

<sup>138</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 4425, Plenário, Relator: Ministro Ayres Britto, Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 14/03/2013, DJe 19/12/2013.

<sup>139</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito à justificativa*. Tese (Concurso de Professor Titular da UERJ). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

<sup>140</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI n. 6343, Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 06/05/2020.

<sup>141</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431, Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 21/05/2020.

<sup>142</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 6586 e 6587, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 17/12/2020. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário com Agravo 1267879, Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 17/12/2020.

<sup>143</sup> GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. *Op. cit.* p. 197.

trabalhistas e ambientais. A prova disso é que, durante a pandemia, o negacionismo do Presidente veio a se revelar não como produto de desinformação, mas como opção por priorizar as atividades econômicas em detrimento das vidas.

Entretanto, muito embora a Carta de 1988 consagre o princípio da livre iniciativa, ela também é clara no sentido de que sua finalidade maior é “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*). Verifica-se, então, que foi adotado um regime capitalista, mas um capitalismo fortemente temperado por preocupações sociais. Não é à toa, portanto, que Sarmento afirma que “em ordem jurídica tão preocupada com a dignidade humana, nem todas as escolhas econômicas são possíveis. O Estado mínimo, por exemplo, encontra-se fora do cardápio de opções”<sup>144</sup>.

Nesse ponto, há que se aperfeiçoar a vigilância exercida pelo Poder Judiciário. Durante o ano de 2020, o STF, por exemplo, validou acordos individuais de redução salarial<sup>145</sup>, contribuindo para o enfraquecimento dos sindicatos.

No que toca ao direito à saúde dos povos indígenas, após o sucateamento das políticas públicas a eles destinadas e maior exposição ao vírus, o STF teve a oportunidade de adotar medidas para lhes proteger da pandemia, mas pouco avançou. Apesar de ter deferido requerimentos importantes, como a criação de barreiras sanitárias e a instalação de sala de situação, a Corte indeferiu a retirada dos invasores das terras indígenas, os quais são os principais vetores de transmissão do vírus<sup>146</sup>. Além disso, a despeito de ter sido determinada a apresentação de um plano para enfrentamento à Covid-19 entre tais povos, foram rejeitados três documentos que foram considerados genéricos e vagos pelo ministro relator Luís Roberto Barroso<sup>147</sup>. Diante disso, por ora, a grande conquista restringiu-se ao reconhecimento da legitimidade da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) para atuar no controle

---

<sup>144</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020. No prelo.

<sup>145</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Referendo na Medida Cautelar na ADI 6363, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Redator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 17/04/2020.

<sup>146</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 709, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 05/08/2020.

<sup>147</sup> STF. *Barroso determina que governo complemente plano para conter Covid-19 em tribos indígenas*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449193&ori=1>. Acesso em: 09 jan. 2021; STF. *Barroso nega homologação de plano para conter Covid-19 entre indígenas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453860>. Acesso em: 09 jan. 2021; STF. *Barroso rejeita terceira versão do plano para conter Covid-19 entre indígenas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457584>. Acesso em: 09 jan. 2021.

concentrado de constitucionalidade, o que representou o empoderamento dos excluídos na jurisdição constitucional<sup>148</sup>.

Ademais, muito embora sejam decisões monocráticas proferidas pelo então Presidente Dias Toffoli, não se pode deixar de citar as decisões que suspenderam medidas liminares deferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ) que asseguravam o direito à alimentação escolar no contexto da pandemia. Diante da suspensão das aulas presenciais e da continuidade no repasse dos recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ) propôs 22 ações civis públicas para compelir o Estado e diversos Municípios a continuarem fornecendo a merenda<sup>149</sup>, por se tratar de política pública com assento constitucional e essencial ao mínimo existencial. Após terem sido deferidas diversas liminares pelo TJERJ, o Ministro Dias Toffoli suspendeu, até onde se tem notícia, todas cujos entes federativos entraram com requerimento de suspensão durante a sua presidência, dentre elas a referente à Angra dos Reis<sup>150</sup>, Mendes<sup>151</sup>, Queimados<sup>152</sup>, São Pedro da Aldeia<sup>153</sup>, além do Estado do Rio de Janeiro<sup>154</sup>. Como fundamento, o ministro afirmou que as decisões geravam subversão à ordem administrativa, consequências para o orçamento e violação à separação dos poderes. Olvidou-se, contudo, que foram mantidas as transferências dos recursos do Programa Nacional de Alimentação (PNAE) durante a pandemia e que se trata de política pública com assento constitucional, além de essencial ao mínimo existencial.

Com efeito, é premente que o STF também seja firme no combate ao desmantelamento do sistema de proteção social, já que é preciso assegurar uma liberdade igual<sup>155</sup> a todos, o que pressupõe a possibilidade real de fazer escolhas e os meios indispensáveis

---

<sup>148</sup> SARMENTO, Daniel. *A jurisdição constitucional e o empoderamento dos excluídos*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-jurisdiacao-constitucional-e-o-empoderamento-dos-excluidos-15082020>. Acesso em: 09 jan. 2020.

<sup>149</sup> Defensoria Pública Do Estado Do Rio De Janeiro. *DPRJ ajuizou ao menos 22 ações por alimentação a alunos na pandemia*. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10981-DPRJ-ajuizou-ao-menos-22-acoes-por-alimentacao-a-alunos-na-pandemia>. Acesso em: 09 jan. 2021.

<sup>150</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 434-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 07/07/2020.

<sup>151</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 475-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 16/07/2020.

<sup>152</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 495-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 29/07/2020.

<sup>153</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.342-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 23/07/2020.

<sup>154</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.360-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 01/09/2020.

<sup>155</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. 1. ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 102.

para que esse direito seja verdadeiramente fruído<sup>156</sup>. Assim, uma análise econômica do direito não deve significar o esvaziamento de direitos constitucionais, sobretudo ao se notar que a Constituição da República de 1988 condiciona a liberdade econômica à promoção da existência digna das pessoas, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*).

#### **4. A ausência de utopia e o choque de realidade: risco de empacotamento do judiciário**

Fixados os instrumentos e as diretrizes que devem guiar o Poder Judiciário no contexto de crise democrática, certo é que esses parâmetros só fazem sentido se existe um Poder Judiciário forte e independente. Assim, causa preocupação o alerta feito por Ginsburg e Huq, no sentido de que o Judiciário, com frequência, é uma das primeiras vítimas em uma erosão da democracia<sup>157</sup>. De fato, quanto mais tempo o governante autoritário está no poder, mais aparelhados estão os órgãos de Estado e, inclusive, os tribunais.

Na Polônia, por exemplo, logo após a eleição de Andrzej Duda como presidente, iniciou-se um movimento de transformações fundamentais ainda em 2015, o que afetou, sobretudo, o Poder Judiciário. Logo no começo, foi inaugurada uma campanha contra o Tribunal Constitucional e, em seguida, contra os tribunais regulares, fundando-se na ideia de que qualquer restrição à maioria política é antidemocrática. Ato contínuo, deu-se sequência a uma série de reformas que afetaram sobremaneira o Judiciário: o Tribunal Constitucional restou enfraquecido e capturado; a idade de aposentadoria de juízes foi diminuída e, em razão disso, uma série deles foi removida; e o Conselho Nacional da Magistratura foi reestruturado, tendo sido politizada a sua seleção<sup>158</sup>. Além disso, os ataques ao Judiciário também provieram de violações frontais à Constituição, como, por exemplo, a recusa do Presidente em jurar juízes eleitos e a recusa governamental de publicar algumas sentenças do Tribunal Constitucional<sup>159</sup>.

Após o empacotamento do Tribunal Constitucional, iniciou-se uma segunda fase na qual ele tornou-se um ajudante do governo, em contraposição à tradicional função contramajoritária, passando a constranger a oposição<sup>160</sup>. Com o tempo, isso se revelou não só

---

<sup>156</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 152-159.

<sup>157</sup> GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. *Ibidem*. p. 186.

<sup>158</sup> SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Crises in Poland*. In: GRABER, Mark A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark V. *Constitutional Democracy in Crises?* New York, NY: Oxford University Press, 2018. p. 258.

<sup>159</sup> *Ibidem*. p. 259.

<sup>160</sup> *Ibidem*. p. 263.



como parte do objetivo de se manter no poder, mas como importante instrumento para atacar diretamente os direitos e liberdades dos cidadãos<sup>161</sup>. E, de fato, o propósito foi bem-sucedido.

Não é preciso, contudo, ir muito longe para lembrar de exemplos de utilização do Poder Judiciário para legitimação do autoritarismo. Durante os primeiros anos da ditadura militar, o STF proferiu algumas decisões importantes contrárias às ideias autoritárias, o que lhe rendeu uma animosidade entre os militares. A partir de então, a estratégia utilizada pelo governo foi cooptar o STF para, depois, empoderá-lo. Assim, não tardou a aprovação do Ato Institucional n.º 02/1965, que aumentou o número de ministros de 11 para 16, culminando com a nomeação de ministros alinhados ideologicamente ao governo; e suspendeu as garantias da estabilidade e da vitaliciedade por seis meses. Logo em seguida, a emenda constitucional n.º 16/1965 introduziu a representação de inconstitucionalidade e, por via de consequência, o controle abstrato de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, permitindo a produção de efeitos *erga omnes* às decisões e a vinculação de todos os destinatários da norma. Cientes de que não havia mais espaço para uma atuação independente do STF, o objetivo era espriar essas amarras pelos demais tribunais, em uma intenção clara de controlar os juízes, transformando o tribunal em instrumento do regime<sup>162</sup>.

Com efeito, sob a égide do legalismo autoritário, a ditadura militar contou com as cortes militares de tempos de paz para perseguir a oposição, sem que tenha jamais sido necessário suspender a Constituição<sup>163</sup>. Havia, portanto, uma aparência de ilegalidade, o que fazia com que a norma fundamental fosse uma mera Constituição semântica, isto é, um disfarce para o regime autoritário<sup>164</sup>.

Comparando a ditadura brasileira com aquelas ocorridas na Argentina e no Chile, Anthony Pereira conclui que o fato de a repressão autoritária ocorrer por meio de uma forma institucional pode influenciar a sua amplitude e intensidade, bem como as eventuais tentativas de um novo governo de se engajar na justiça de transição<sup>165</sup>. No Brasil, a alta interação e consenso entre as elites judiciais e militares moderou, de certa forma, a repressão política ao permitir a intensa judicialização. Com isso, defensores e a sociedade civil, ao menos, tinham uma arena para defender princípios democráticos, o que, eventualmente, possibilitava alteração

---

<sup>161</sup> *Ibidem*. p. 268.

<sup>162</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 140-145.

<sup>163</sup> PEREIRA, Anthony. *Political (in)justice: authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005. p. 3-4.

<sup>164</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

<sup>165</sup> PEREIRA, Anthony. *Political (in)justice: authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile, and Argentina*. *Op. cit.* p. 9.

de interpretações consolidadas. Além disso, a judicialização permitiu que houvesse um menor número de execuções extrajudiciais em comparação à Argentina e ao Chile, nos quais a ausência de integração entre militares e cortes gerava hostilidade, usurpação da função judicial e violação deliberada das leis<sup>166</sup>. Por outro lado, é certo que esse consenso impediu reformas das organizações judiciais e militares quando da transição. Embasando-se em um conto de fadas sobre a benevolência e justiça das cortes militares durante a ditadura<sup>167</sup>, a transição não desmantelou o aparato legal repressivo, sendo certo que permanecem inalteradas algumas leis nos quais os julgamentos se basearam e instituições que acusaram ou julgaram os réus<sup>168</sup>.

Logo, esses exemplos demonstram que não é incomum que governantes autoritários capturem os órgãos de Estado e, inclusive, os tribunais. Essa captura é possível porque há fatores institucionais que podem favorecer indiretamente a polarização judicial. Um deles é fato de que a nomeação de ministros da Suprema Corte é realizada pelo Presidente da República, gerando uma tendência de que seja norteadada por fatores ideológicos. Outro fator é que os mandatos dos ministros do STF tendem a durar muitos anos. Por um lado, trata-se de ponto positivo, na medida em que permite que haja, ao menos em tese, o insulamento das pressões partidárias; por outro, eventual mandato que perdure por muitas décadas faz com que a Corte seja facilmente aprisionada por uma visão particular por longo período.

Ainda que, diferentemente da norte-americana, a nossa Constituição preveja uma idade-limite para aposentadoria compulsória, o engessamento torna-se possível com a adoção de outros subterfúgios. Dentre eles, tem-se a indicação de pessoas cada vez mais jovens, a fim de que possam permanecer no ofício por muitas décadas, o que, por outro lado, faz com que tenham menos experiências e registros públicos detalhados<sup>169</sup>. Com efeito, a nomeação de um ministro politicamente alinhado à ideologia do Chefe do Poder Executivo gera maior de captura do tribunal diante de eventual erosão democrática. Isso porque juízes ideologicamente comprometidos “podem estar inclinados a ceder às iniciativas antidemocráticas de um presidente que segue esse programa ideológico”<sup>170</sup>.

Assim, deve-se adotar medidas institucionais para proteger os tribunais de capturas políticas. Nesse sentido, analisando o cenário norte-americano, Ginsburg e Huq sugerem que o

---

<sup>166</sup> *Ibidem*. p. 12-13.

<sup>167</sup> *Ibidem*. p. 165.

<sup>168</sup> *Ibidem*. p. 8.

<sup>169</sup> GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. *Op. cit.* p. 218-219.

<sup>170</sup> *Ibidem*. p. 219.

Senado e organizações devem avaliar o passado profissional e a ideologia das pessoas indicadas para se tornarem juízes, a fim de que seja perquirida maior diversidade nas cortes<sup>171</sup>.

Ainda, os autores recomendam a criação de cortes ou órgãos judiciais especializados para supervisionar diferentes áreas do Direito, como, por exemplo, uma vara destinada a decidir demandas em que haja reivindicações de direitos constitucionais e/ou voltadas à proteção da democracia<sup>172</sup>. Com a especialização, a finalidade seria direcionar os juristas para o alcance de um objetivo substantivo específico. No que toca a essa sugestão, há que se ter cautela com a indesejada instituição de tribunais de exceção, de modo que a fixação da competência deve ser anterior ao fato; e com eventual direcionamento intencional em prol de um determinado veredicto, sobretudo nos órgãos com competência criminal, o que geraria violação à imparcialidade do julgador<sup>173</sup>.

Ademais, Ginsburg e Huq destacam que uma das medidas necessárias para contenção do autoritarismo pode ser a instituição de um remédio judicial para impugnar discursos do governo. Isso porque, nos Estados Unidos, quando um oficial, no exercício da função, calunia determinado cidadão, não há instrumento jurídico, muito embora a recíproca não seja verdadeira<sup>174</sup>. Ocorre que essas acusações contribuem para a erosão democrática, como ocorreu na Turquia, motivo pelo qual se faz necessária a promulgação de lei instituindo esse remédio judicial para avaliar, ao menos, se o servidor *podia* ter descoberto que a informação era inverídica. No Brasil, o alcance desse objetivo também perpassa pela adoção de uma concepção moderada de imunidade parlamentar, compreendendo-a não como uma blindagem, mas em cotejo com outros princípios constitucionais. Assim, não caberia aos tribunais fechar os olhos, por exemplo, para discursos contrários à democracia, de ódio ou que digam que uma mulher “não merece” ser estuprada.

Logo, diante desse risco concreto de empacotamento dos tribunais, verifica-se que o passar do tempo é determinante em um contexto de crise democrática. Por mais que sejam extremamente sólidas, as instituições vão se apodrecendo com o tempo. A naturalização da violação aos direitos mais básicos e a captura realizada pelo governo vai promovendo esse

---

<sup>171</sup> GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. *Op. cit.*, p. 220.

<sup>172</sup> GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. *Op. cit.* p. 222.

<sup>173</sup> Ressalve-se que o STF já decidiu que a criação de varas especializadas não ofende o princípio do juiz natural: “Dez dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) afirmaram hoje (15) que a criação de varas especializadas pelo Poder Judiciário não fere a Constituição Federal, tampouco a transferência de processos já em curso em varas não-especializadas.”. STF. *STF julga constitucional especialização de varas do Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88918>. Acesso em: 01 fev. 2021. O mesmo entendimento já foi adotado pelo STJ no AgRg no REsp 1611615 / MT (2016/0174769-5), Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. Data de Julgamento: 10/04/2018, DJe 16/04/2018.

<sup>174</sup> GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. *Op. cit.* p. 221-222.

apodrecimento. É, por essa razão, que o momento das eleições subsequentes à ascensão de um líder autoritário é crucial. A reeleição tem o poder de debilitar as instituições para se insurgirem contra o governo. Além disso, eventual reeleição demonstra a adesão da maioria do povo à política autoritária, dificultando ainda mais que os demais poderes tenham legitimidade para atuar como pontos de veto. Se as instituições já têm dificuldade para reagir, no segundo mandato isso se torna ainda pior, podendo culminar na consolidação da autocracia.

Destarte, nesse ponto, concordamos com Ginsburg e Huq no sentido de que “o sucesso ou o fracasso de uma empresa democrática, em última análise, depende da extensão em que as pessoas – incluindo aqueles que pertencem à aliança governante – estão dispostas a rejeitar o fascínio do populismo carismático ou a degradação partidária por meio de ação política na esfera pública”<sup>175</sup>. É fundamental que a verdadeira resposta à crise democrática venha das ruas, do povo e das eleições.

## 5. Conclusão

Tradicionalmente, tendemos a associar a morte da democracia por meio de golpes de Estado, ocasião em que a virada do regime democrático para uma ditadura é de fácil percepção para todos, já que ocorre em um momento único, sob as armas de algum general. Nos últimos tempos, contudo, governantes populistas autoritários tomaram o poder pela porta da frente, eleitos pelo voto de um povo que não mais se identificava com a representação política tradicional e que se seduziu com uma retórica antissistema, contra “tudo isso que está aí”. As pessoas ainda votam, instituições democráticas permanecem vigentes, mas pouco a pouco são adotadas medidas que, embora isoladamente lícitas, dão origem a um conjunto final marcado pelo autoritarismo. Como inexistente um momento único que marca a virada de chave para a ditadura, a erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível. Nesse estágio, o ponto de ruptura ainda não ocorreu, mas a Constituição está à beira de um fracasso.

Diante dessa conjuntura de incansáveis violações aos direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, o Poder Judiciário assume papel ainda mais indispensável para contenção da guinada autoritária, devendo atuar à altura dessa missão constitucional. Isso se torna possível em razão da judicialização da política e, também, da progressiva expansão das funções das cortes, adentrando em searas antes inimagináveis. Assim, os tribunais, quando estão

---

<sup>175</sup> *Ibidem.* p. 172.

funcionando corretamente, podem impedir tentativas autocráticas de restringir os direitos fundamentais e podem evitar que populistas carismáticos desmantelem outros freios à sua autoridade.

É, por essa razão, que, no contexto atual, se esfriou o tradicional debate sobre a legitimidade do Poder Judiciário e a sua dificuldade contramajoritária. Diante da necessidade de conter o arrefecimento democrático, a preocupação volta a ser como pode ser assegurada maior efetividade aos direitos e às instituições. Abandona-se, portanto, a discussão sobre *se* cabe à jurisdição constitucional a defesa da democracia, a fim de se centrar em *como* ela deve ser exercida para conter a guinada autoritária.

E foi justamente nesse último ponto que o presente trabalho se centrou. Ao longo do texto, foram apresentados, sem qualquer pretensão de completude, parâmetros judiciais para contenção do autoritarismo. Os instrumentos colocados à disposição do Poder Judiciário abarcam a) a função contramajoritária e a rejeição à função representativa; b) a democracia militante, incluindo medidas de prevenção, reação e imunização; c) uma jurisdição constitucional anticíclica; e d) os litígios estruturais. Por outro lado, os tribunais devem se centrar nas seguintes diretrizes: a) proteção das eleições, do sufrágio e do pluripartidarismo; b) tutela da liberdade de expressão; c) defesa da igualdade; d) coibição de atos de violência e de discursos de ódio; e) garantia da separação dos poderes; f) preservação da consistência das decisões públicas e da suficiência do processo deliberativo; g) superação do populismo penal; e h) retomada da efetividade dos direitos Sociais frente ao neoliberalismo autoritário.

Todavia, esses parâmetros só fazem sentido se existe um Poder Judiciário forte e independente. Assim, não se pode ter uma visão romântica. É preciso reconhecer que o Judiciário, com frequência, é uma das primeiras vítimas em uma erosão da democracia. De fato, quanto mais tempo o governante autoritário está no poder, mais aparelhados estão os órgãos de Estado e, inclusive, os tribunais.

É, por essa razão, que a defesa da Constituição deve se espriar por outras trincheiras. É preciso que a sociedade esteja disposta a rejeitar medidas autoritárias e que isso se manifeste nas ruas e nas eleições.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 265, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019.

BALKIN, Jack M. *Constitutional Crisis and Constitutional Rot*. In: *Constitutional Democracy in Crisis?* Mark A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet, eds. Oxford University Press forthcoming, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito à justificativa*. Tese (Concurso de Professor Titular da UERJ). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Revolução Tecnológica, Crise da Democracia e Mudança Climática: Limites do Direito num Mundo em Transformação*. In: *Revista Estudos Institucionais*, V. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênua: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BELO, Ney. *Democracia e direito penal: articulações necessárias*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-26/crime-castigo-democracia-direito-penal-articulacoes-necessarias>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. 2. ed. Connecticut: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. 1. ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Pandemia, Poder de Polícia e Estado Democrático de Direito*. In: *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro-PGE-RJ*, Rio de Janeiro, V. 3. n. 1, jan./abr. 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. *A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, V. 263, maio/ago. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Coronavírus, 'estado de exceção sanitária' e restrições a direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-estado-excecao-sanitaria-direitos-fundamentais-04042020>>. Acesso em: 28 dez. 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.



BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC Coletivo n.º 143.988, Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 21/08/2020. Segunda Turma.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança n.º 37.097-DF, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 29/04/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.342-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 23/07/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.360-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 01/09/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 434-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 07/07/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 475-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 16/07/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 495-RJ, Min. Presidente Dias Toffoli. Data de Julgamento: 29/07/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADI 4425, Relator: Ministro Ayres Britto, Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 14/03/2013, DJe 19/12/2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADI 6074, Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de Julgamento: 21/12/2020, Dje, 07/01/2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADI 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431, Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 21/05/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADI 6586 e 6587, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 17/12/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADI n.º 4.451, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, DJe 06/03/2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADI n.º 4.815, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, DJe 01/02/2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADI n.º 6343, Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 06/05/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADPF 457, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 24/04/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADPF 565, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 17/05/2019, DJe 29/05/2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADPF 572, voto do Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 18/06/2020, DJe 12/11/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADPF 635, Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 17/08/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADPF 709, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 05/08/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADPF n.º 130, Relator: Ministro Carlos Britto, DJe 06/11/2009.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, ADPF n.º 187, Relator: Ministro Celso de Mello, DJe 29/05/2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, Medida Cautelar na ADPF 722. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 20/08/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, Recurso Extraordinário com Agravo 1267879, Relator: Roberto Barroso. Data de Julgamento: 17/12/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, Referendo em Medida Cautelar na ADI 6121, Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 13/06/2019, DJe 14/06/2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 347, Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 18/03/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6351-DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 30/04/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, Referendo na Medida Cautelar na ADI 6363, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Redator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 17/04/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, Referendo na Medida Cautelar na ADPF 690. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 20/11/2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário, Referendo na Medida Cautelar nas ADI 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020.

CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, vol. 89, n. 7, 1976.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-153 de 28/04/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Yatama vs. Nicarágua*. Série C No. 127, 23 de Junho de 2005.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *DPRJ ajuizou ao menos 22 ações por alimentação a alunos na pandemia*. Disponível em:<

<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10981-DPRJ-ajuizou-ao-menos-22-acoes-por-alimentacao-a-alunos-na-pandemia>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DORNELLES, J. R. W. *Criminalização da política, estado de exceção, populismo penal e a criminalização da política*. In: *Sistema Penal & Violência*, v. 8, n. 2, 2016; GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

EUA. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF ARKANSAS. 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970) Fevereiro, 1970.

EXAME. *Bolsonaro: “Sem voto impresso em 2022, vamos ter problema pior que dos EUA”*. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/bolsonaro-sem-voto-impresso-em-2022-vamos-ter-problema-pior-que-dos-eua/>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

FACHIN, Melina Girardi. SCHINEMANN, Caio. *Decisões estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais*. In: *Revista Estudos Institucionais*. V. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>>. Acesso em: 31 out. 2019.

FISS, Owen. *The forms of justice*. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979.

FOLHA. *No Radio, Bolsonaro associa PT a Venezuela e Haddad critica violência*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/no-radio-bolsonaro-associa-pt-a-venezuela-e-haddad-critica-violencia.shtml>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

FOLHA. *PT vai ao STF contra Bolsonaro por vídeo em que ele defende ‘fuzilar a petralhada’*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/pt-vai-ao-stf-contrabolsonaro-por-video-em-que-ele-defende-fuzilar-a-petralhada.shtml>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

FOLHA. *STF resiste a pressões para soltar presos durante a pandemia*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/stf-resiste-a-pessoes-para-soltar-presos-durante-pandemia.shtml>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

FUX, Luiz. *Suprema Vigilância*. O GLOBO, Rio de Janeiro, 10 jan. 2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniaosuprema-vigilancia-24830319>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

G1. *Bolsonaro chama coronel Brilhante Ustra de ‘herói nacional’*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/08/bolsonaro-chama-coronel-ustra-de-heroi-nacional.ghtml>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

G1. *Bolsonaro e os filhos fizeram 469 ataques a jornalistas e veículos de imprensa em 2020, diz ONG*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/01/25/bolsonaro-e-os-filhos-fizeram-469-ataques-jornalistas-e-veiculos-de-imprensa-em-2020-diz-ong.ghtml>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

GARGARELLA, Roberto. Latin America Constitutions in Trouble. In: GRABER, Mark. A. LEVINSON, Sanford. TUSHNET, Mark. (org.). *Constitucional Democracy in Crisis?* New York, NY: Oxford University Press, 2018.

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

HALMAI, Gábor. *A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary*. In: GRABER, Mark. A. LEVINSON, Sanford. TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* New York, NY: Oxford University Press, 2018.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Powers in the Era of Constitutional Courts*. New York: Cambridge University Press, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LINZ, Juan J. STEPAN, Alfred. Toward Consolidated Democracies. In: *Journal of Democracy* 7 (1996): 14-33, IS. (Tradução livre).

LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe, I. In: *The American Political Science Review*, vol. XXIX, n. 04, 1935.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. In: *The American Political Science Review*, vol. XXXI, n. 03, 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

LONG, Clarissa; *Privacy and Pandemics In PISTOR, Katharina. Law in the time of COVID-19*. Columbia Law School Books, 2020.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. In: *Revista de Processo*, vol. 289/2019, mar. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. *O entulho autoritário era estoque*. Disponível em: <<https://www.quatrocincoum.com.br/br/artigos/d/o-entulho-autoritario-era-estoque>>. Acesso em: 03 fev. 2021.

O GLOBO. *Executivo da Hungria busca poderes quase ilimitados em meio à crise do coronavírus*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/executivo-da-hungria-busca-poderes-quase-ilimitados-em-meio-crise-do-coronavirus-24321614>>. Acesso em: 28 dez. 2020.

PEREIRA, Anthony. *Political (in)justice: authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005.

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

PRISON POLICY INITIATIVE. *Responses to the COVID-19 pandemic*. Disponível em: <<https://www.prisonpolicy.org/virus/virusresponse.html>>. Acesso em: 09 jan. 2021

GOV.UK. *Covid-19: Prison releases*. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-prison-releases>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

SADURSKI, Wojciech. Constitutional Crises in Poland. In: GRABER, Mark A. LEVINSON, Sanford. TUSHNET, Mark V. *Constitutional Democracy in Crises?* New York, NY: Oxford University Press, 2018.

SARMENTO, Daniel. *A jurisdição constitucional e o empoderamento dos excluídos*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-jurisdicao-constitucional-e-o-empoderamento-dos-excluidos-15082020>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 3.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020. No prelo.

SARMENTO, Daniel. PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018>>. Acesso em: 23 jan. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 348.

SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA. *Brown vs. Board of Education of Topeka*. 347 U.S. 483 (1954).

SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA. *United States vs. Carolene Products* (304 U.S. 144 [308]).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Barroso determina que governo complemente plano para conter Covid-19 em tribos indígenas*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449193&ori=1>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Barroso nega homologação de plano para conter Covid-19 entre indígenas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453860>>. Acesso em 09 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Barroso rejeita terceira versão do plano para conter Covid-19 entre indígenas.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457584>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Liminar na Medida Cautelar na ADPF 622, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 20/12/2019, DJe 03/02/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministra Cármen Lúcia vota para proibir Ministério da Justiça de elaborar dossiê contra antifascistas.* Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449906&ori=1>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF julga constitucional especialização de varas do Poder Judiciário.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88918>>. Acesso em 01 fev. 2021.

UOL. *Ação sigilosa do governo mira professores e policiais antifascistas.* Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/07/24/ministerio-justica-governo-bolsonaro-antifascistas.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

UOL. *Durante ato contra STF e Congresso, Bolsonaro diz que povo está ao lado do governo.* Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2020/05/03/durante-ato-contr-stf-e-congresso-bolsonaro-diz-que-povo-esta-ao-lado-do-governo.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

Recebido em: 31/03/2021  
1º Parecer em: 01/04/2021  
2º Parecer em: 04/06/2021