

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO - MESTRADO

GABRIEL AMARAL LOPES

**DEMOCRACIA BRASILEIRA DETERIORADA: a atuação do Supremo Tribunal
Federal durante os anos de 2019 a 2022**

PORTO ALEGRE

2023

GABRIEL AMARAL LOPES

**DEMOCRACIA BRASILEIRA DETERIORADA: a atuação do Supremo Tribunal
Federal durante os anos de 2019 a 2022**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de mestre em direito.

Linha de Pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.

Orientador: Professor Doutor Francisco José Borges Motta

PORTO ALEGRE

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo autor

Amaral Lopes, Gabriel

Democracia brasileira deteriorada: a atuação do Supremo Tribunal Federal durante os anos de 2019 a 2022/ Gabriel Amaral Lopes. -- Porto Alegre 2023. 177 f.

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Borges Motta

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Direito Constitucional. 2. Constitucionalismo. 3. Democracia. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Catimba constitucional.

I. Motta, Prof. Dr. Francisco José Borges, orient. II. Título.

GABRIEL AMARAL LOPES

**DEMOCRACIA BRASILEIRA DETERIORADA: a atuação do Supremo Tribunal
Federal durante os anos de 2019 a 2022**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de mestre em direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Borges Motta

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

Assinatura: _____

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^a. Dr^a. Clarissa Tassinari

Instituição: Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

A ordem constitucional inaugurada por meio da promulgação da Constituição de 1988 alçou o Supremo Tribunal Federal à condição de protagonista no âmbito da democracia brasileira – ampliando consideravelmente sua função institucional e promovendo verdadeira readequação de seu papel no sistema político-constitucional do país –, circunstância que o tornou intérprete final sobre questões consideravelmente sensíveis e relevantes à nação e potencializou sua voltagem política. A partir do julgamento da Ação Penal nº 470, sucederam-se eventos na conjuntura político-institucional do Brasil que submeteram a Suprema Corte a contundentes críticas perante a opinião pública e provocaram desgastes nas relações institucionais mantidas com os demais Poderes, evoluindo progressivamente a escalada de tensão, cujo ápice fora alcançado desde a ascensão de Jair Bolsonaro à Presidência da República. Diante da compreensão sobre a relevância do tema, este estudo dedica-se ao exame da atuação do Supremo Tribunal Federal durante os anos de 2019 a 2022, notadamente quanto à prática, pelos Ministros da Suprema Corte, de ações que, ainda que plausivelmente lícitas, ostentam *déficit* de legitimidade em virtude de ofensa ao *fair play* constitucional, adotando-se como conceito central da pesquisa categoria analítica intitulada *catimba* constitucional, desenvolvida por Rubens Glezer, professor da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Parte-se da hipótese de que a reiteração, pelos Ministros da Corte, de condutas plausivelmente legais, mas com *déficit* de legitimidade em razão de violação ao *fair play* constitucional, concorre à instabilidade institucional do Estado Democrático de Direito e à deterioração do regime democrático. Utilizando-se método hipotético-dedutivo e técnicas de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, legislativa e documental, busca-se, no primeiro momento, traçar linhas teóricas gerais acerca da ascensão do Poder Judiciário ao protagonismo no modelo de Estado de Direito Democrático Constitucional, pretendendo-se compreender o papel atribuído, no âmbito do neoconstitucionalismo, aos Tribunais Constitucionais. Após, volta-se a atenção ao contexto brasileiro, no intuito de, por meio do resgate de nossa história constitucional, compreender o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal até a condição de guardião da Constituição, assim como examinar sua atuação, por meio da indicação de casos considerados notáveis, desde que assumida tal missão institucional até momento anterior às eleições presidenciais de 2018. Por fim, dedica-se à atuação da Suprema Corte durante o exercício do mandato presidencial de Jair Bolsonaro, analisando-se decisões potencialmente enquadráveis na categoria analítica idealizada por Rubens Glezer e os perigos que o exercício da *catimba* constitucional por Cortes Constitucionais representa ao Estado Democrático de

Direito. Conclui-se que, embora os constantes ataques – carregados de aspirações inconstitucionais – dirigidos pela ala radicalizada da direita ao Supremo Tribunal Federal e ao regime democrático tenham exigido contundente atuação da Corte, determinadas condutas protagonizadas pelos Ministros do Tribunal concorreram à potencialização da instabilidade institucional e à deterioração da democracia brasileira.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal;democracia brasileira;catimba constitucional.

ABSTRACT

The constitutional order inaugurated through the promulgation of the 1988 Constitution raised the Supreme Court to the status of protagonist in the context of Brazilian democracy - considerably expanding its institutional function and promoting true readjustment of its role in political system-constitutional of the country -, circumstance that made it final interpreter on issues considerably sensitive and relevant to the nation and potentiated its political voltage. From the judgment of Criminal Action nº 470, there were events in the political-institutional conjuncture of Brazil that submitted the Supreme Court to forceful criticism of public opinion and caused wear in institutional relations maintained with other powers, escalating tension, whose apex had been reached since the rise of Jair Bolsonaro to the Presidency of the Republic. Given the understanding of the relevance of the subject, this study is dedicated to examining the performance of the Supreme Court during the years 2019 to 2022, especially as to the practice, by the Ministers of the Supreme Court, of actions that, although plausibly legal, lack of legitimacy due to offense to constitutional fair play, adopting as a central concept of research analytical category entitled '*constitutional catimba*', developed by Rubens Glezer, professor at the Law School of Fundação Getúlio Vargas in São Paulo. It starts from the hypothesis that the reiteration, by the Ministers of the Court, of plausibly legal conducts, but with deficit of legitimacy due to violation of constitutional fair play, institutional instability of the Democratic State of Law and the deterioration of the democratic regime. Using hypothetical-deductive method and techniques of bibliographic, jurisprudential, legislative and documentary research, we seek, at first, to outline general theoretical lines about the rise of the Judiciary to the protagonism in the Constitutional Democratic Rule of Law model, intending to understand the role attributed, in the context of neoconstitucionalism, to the Constitutional Courts. Then, attention is turned to the Brazilian context, in order to, through the rescue of our constitutional history, understand the path taken by the Supreme Court to the condition of guardian of the Constitution, as well as examine its performance, through the indication of cases considered remarkable, since it assumed such institutional mission until the moment before the presidential elections of 2018. Finally, it is dedicated to the performance of the Supreme Court during the exercise of the presidential mandate of Jair Bolsonaro, analyzing decisions potentially included in the analytical category idealized by Rubens Glezer and the dangers that the exercise of the '*constitutional catimba*' by Constitutional Courts represents to the Democratic State of Law. It is concluded that, although the constant attacks - laden with unconstitutional aspirations - directed by the radicalized right wing to the Supreme Court and the democratic regime have

required forceful action of the Court, conduct carried out by the Ministers of the Court contributed to the potentiation of institutional instability and the deterioration of Brazilian democracy.

Palavras-chave: Supeme Court; brazilian democracy; constitucional catimba

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO AO PROTAGONISMO NO MODELO DE ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ATRIBUIÇÃO DO PAPEL A SER EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.....	13
2.1	DA SUPERANÇA DO ANTIGO REGIME À TRANSIÇÃO DO ESTADO “LEGISLATIVO DE DIREITO” AO “CONSTITUCIONAL DE DIREITO”	13
2.2	ELEMENTOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO..	18
2.3	TENSÕES ESTABELECIDAS NO ÂMBITO DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS.....	27
2.4	A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL LIMITADORA DO PODER PÚBLICO E SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.....	34
2.5	O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ENQUANTO ATIVIDADE NECESSÁRIA À HIGIEZ DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL E O “FOCO DO PROBLEMA” REFERENTE À ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	44
2.6	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIABILIDADE DE HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO	49
3	ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO PROTAGONISMO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: TRAJETÓRIA PERCORRIDA DE SUA CRIAÇÃO À “SUPREMOCRACIA”.....	56
3.1	RESGATE DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: INOVAÇÕES E ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO PODER JUDICIÁRIO PELAS DIFERENTES ORDENS CONSTITUCIONAIS VIGENTES DESDE 1824 ATÉ A QUEDA DO REGIME MILITAR EM 1987	56
3.1.1	Constituição de 1824	56
3.1.2	Constituição de 1891 e Governo Provisório.....	57
3.1.3	Constituições de 1934 e 1937	60
3.1.4	Constituição de 1946	64
3.1.5	Constituição de 1967	68

3.2	ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO <i>STATUS</i> DE PROTAGONISTA NA ORDEM CONSTITUCIONAL INSTAURADA	71
3.3	NOTÁVEIS DECISÕES PROLATADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO ÂMBITO DA ORDEM CONSTITUCIONAL INAUGURADA PELA CARTA DE 1988, EM MOMENTO ANTERIOR AO GOVERNO BOLSONARO	85
3.3.1	Ação Penal nº 470	85
3.3.2	Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326	90
3.3.3	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526.....	92
3.3.4	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.....	96
3.4	BREVE NOTA INTRODUTÓRIA AO CAPÍTULO 4.....	99
4	DEMOCRACIA BRASILEIRA DETERIORADA: OS RISCOS DA CATIMBA CONSTITUCIONAL QUANDO EXERCIDA PELO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO	102
4.1	PROFUNDO MAL-ESTAR CONSTITUCIONAL: CONTEXTUALIZAÇÃO DO AMBIENTE FAVORÁVEL À ASCENSÃO DE JAIR BOLSONARO À PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	102
4.2	PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS DIRECIONADAS AOS COLEGAS DE CORTE: A ILUSTRAÇÃO DO <i>DÉFICIT</i> DE LEGITIMIDADE NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	126
4.3	CATIMBA CONSTITUCIONAL: COMPREENSÃO DO CONCEITO E DO PERIGO DE SUA REITERAÇÃO.....	131
4.4	INQUÉRITO DAS <i>FAKENEWS</i> E SEUS DESDOBRAMENTOS: A ESCALADA DE TENSÃO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO BOLSONARO	142
4.5	ESTADO DE DETERIORAÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA OU VERDADEIRA CRISE INSTITUCIONAL: CONSIDERAÇÕES PRÉ-CONCLUSIVAS	155
5	CONCLUSÃO	161
	REFERÊNCIAS	171

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 simboliza a efetiva inauguração do processo de redemocratização do Brasil e demarca a instauração de ambicioso projeto constitucional comprometido com os direitos fundamentais e a democracia, conferindo-se, modo geral, ao Poder Judiciário, por meio da notável ampliação de suas atribuições, o árduo desafio de assegurar a implementação do pacto firmado, e ao Supremo Tribunal Federal, modo particular, a missão de guardar o documento constitucional. A dilatação da função institucional da Suprema Corte promovida pelo poder constituinte originário ensejou a readequação do papel exercido pelo Tribunal no sistema político-constitucional do Brasil, tornando-o o destino final e, portanto, o intérprete último de questões extremamente sensíveis e relevantes à nação, circunstância que, somada ao crescimento da tendência de submissão, pelos membros dos demais Poderes, de controvérsias políticas ao Supremo Tribunal Federal, potencializou sua voltagem política, alçando-o à condição de protagonista no âmbito da democracia brasileira.

A análise da sucessão de eventos ocorridos no país a partir do enfrentamento da Ação Penal nº 470 – conhecida popularmente como “Caso Mensalão”, considerado o principal julgamento da história brasileira à época – evidencia o desgaste decorrente do protagonismo assumido pela Suprema Corte e os riscos aos quais sua independência institucional e legitimidade jurídica (e a força institucional do próprio regime democrático vigente) passaram a estar submetidas em virtude do papel exercido em nosso arranjo constitucional. Se os atritos estabelecidos entre o Governo Federal e o Congresso Nacional, de um lado, e o órgão de vértice do Poder Judiciário, de outro, foram progressivamente evoluindo no transcorrer dos últimos dez anos, dúvida não resta de que se alcançou o ápice da escalada dos níveis de tensão desde a ascensão de Jair Bolsonaro à Presidência da República.

Partindo-se da compreensão sobre a relevância do tema – que mantém estreita relação com a higidez de nosso Estado Democrático de Direito, sobre o qual se encontra estruturada a República Federativa do Brasil, conforme constitucionalmente consagrado –, este estudo dedica-se ao exame da atuação do Supremo Tribunal Federal durante os anos de 2019 a 2022, período em que exercido mandato presidencial por Jair Bolsonaro (líder da ala radicalizada da direita, movimento que emergiu, modo expressivo, após o *impeachment* da ex-Presidente da República Dilma Rousseff), notadamente quanto à prática, pelos Ministros da Suprema Corte, de ações que, ainda que plausivelmente lícitas, ostentam *déficit* de legitimidade em virtude de ofensa ao *fair play* constitucional. No intuito de assimilar determinadas condutas perpetradas pelos membros do Tribunal – não-convencionais ao estamento jurídico, consistentes no

direcionamento de prerrogativas institucionais à classe política ou a colegas de Corte em prol de interesses próprios (institucionais ou individuais) – no transcurso do Governo Bolsonaro, trabalha-se com conceito desenvolvido por Rubens Glezer, professor da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, denominado *catimba constitucional*, a fim de identificar o eventual perigo que representam à estabilidade institucional do Brasil.

Desenvolve-se a presente pesquisa em três capítulos, excetuados a introdução e conclusão. Utiliza-se, em sua configuração, o método hipotético-dedutivo, técnicas de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, legislativa e documental para fundamentar os pontos abordados e construir o raciocínio concernente aos reflexos provocados pela atuação do Supremo Tribunal Federal durante o período de 2019 a 2022 na qualidade de nossa democracia. Na pesquisa, parte-se da hipótese de que a reiteração de condutas plausivelmente legais, mas com *déficit* de legitimidade em razão de violação ao *fair play* constitucional, concorre à instabilidade institucional do Estado Democrático de Direito e à deterioração do regime democrático.

No capítulo inicial, tem-se como ponto de partida a ascensão do Poder Judiciário ao protagonismo no modelo de Estado de Direito Democrático Constitucional, pretendendo-se compreender o papel atribuído, no âmbito do neoconstitucionalismo, aos Tribunais Constitucionais, a quem atribuído o protagonismo e em direção aos quais deslocada a esfera de tensão. Apresentam-se, inicialmente, os principais elementos que individualizam o constitucionalismo contemporâneo e, após, as tensões estabelecidas nas democracias constitucionais entre os princípios democrático e constitucional. Na evolução, trata-se sobre a jurisdição constitucional enquanto limitadora do Poder Público e acerca de sua legitimidade democrática e aprofunda-se o exame da posição protagonista ocupada pelo Judiciário ao abordar o exercício do controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais enquanto atividade imprescindível à higidez do Estado de Direito Democrático Constitucional, apontando-se onde se situaria o “foco do problema” no que diz respeito ao desempenho da atividade jurisdicional. Por fim, tecem-se breves considerações quanto à viabilidade de harmonização entre os princípios constitucional e democrático.

No segundo capítulo, volta-se a atenção ao contexto brasileiro, partindo do resgate da história constitucional pátria desde a Constituição de 1824 até o atual texto constitucional, ressaltando-se as principais alterações promovidas na estrutura do Poder Judiciário, modo geral, e do Supremo Tribunal Federal (criado pela Constituição de 1891), em particular. Na sequência, expõe-se as modificações que resultaram na expansão da competência institucional da Suprema Corte desde a promulgação da Carta de 1988 e no conseqüente reposicionamento do Tribunal na conjuntura político-institucional do país, assumindo incontestável protagonismo em nossa

jovem democracia. Posteriormente, a fim de demonstrar a relevância do papel assumido pelo órgão de vértice do Poder Judiciário no âmbito da ordem constitucional vigente, apresentam-se determinados casos – considerados notáveis – apreciados em momento anterior ao mandato presidencial exercido no período de 2019 a 2022.

No último capítulo, contextualiza-se o ambiente – *sui generis* – favorável à ascensão de Jair Bolsonaro à Presidência da República, recuperando-se cronologicamente eventos (políticos e jurídicos) ocorridos a partir de junho de 2013 que culminam em sua eleição, em outubro de 2018, para ocupar a cadeira mais importante do Palácio do Planalto. Avança-se ao revelar sequência de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal meses antes do pleito presidencial de 2018 que, para além da interferência provocada no sensível contexto político-institucional da época, ilustra a adoção de posturas não-convencionais pelos Ministros, consistentes no direcionamento, em desfavor de colega(s) de toga, do exercício de suas prerrogativas institucionais em prol de interesses (individuais ou institucionais) próprios. Anuncia-se, a seguir, conceito, intitulado catimba constitucional, idealizado por Rubens Glezer, discorre-se sobre a trajetória percorrida pelo autor para alcançar a categoria analítica em questão e aprofunda-se a compreensão sobre o raciocínio desenvolvido, revelando sua pertinência com o presente estudo. Na evolução, debruça-se sobre determinadas decisões prolatadas pela Suprema Corte durante os anos de 2019 a 2022, decisões estas diretamente relacionadas à escalada de tensão, identificada em nossa democracia, resultante dos agressivos ataques dirigidos pela ala radicalizada da direita, liderada pelo então Chefe do Poder Executivo, ao órgão de vértice do Poder Judiciário e ao próprio regime democrático, pretendendo-se a instabilidade institucional e o enfraquecimento do arranjo constitucional. Por fim, desenvolvem-se considerações acerca dos perigos que o exercício da catimba constitucional por Cortes Constitucionais representa ao Estado Democrático de Direito e deixa-se em aberto o questionamento (a ser respondido na conclusão) sobre em que situação se encontra o Brasil: estado de deterioração da democracia ou verdadeira crise institucional?

2 ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO AO PROTAGONISMO NO MODELO DE ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ATRIBUIÇÃO DO PAPEL A SER EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

2.1 DA SUPERAÇÃO DO ANTIGO REGIME À TRANSIÇÃO DO ESTADO “LEGISLATIVO DE DIREITO” AO “CONSTITUCIONAL DE DIREITO”

Organizar o poder político e estabelecer o processo de criação das leis: estas eram as funções das constituições na perspectiva do Estado de Direito Liberal do século XIX e da primeira metade do século XX, evidenciando seu caráter meramente macroestrutural e procedimental. O processo de formação das leis era regulado pelas constituições, mas a criação do Direito, entendido enquanto conjunto de regras de conduta dirigida aos indivíduos, cuidava-se de competência assegurada ao órgão de representação popular. Para não se incorrer em injustiças, às constituições incumbia-se elencar catálogo de liberdades públicas, que não se prestava a configurar fonte positiva de direito, exercendo tão somente papel negativo, isto é, limitador à atuação estatal (Mello, 2004, p. 25).

O advento do Estado de Direito Liberal decorreu da compreensão de que se tratava o Estado – e a soberania que detinha – do principal adversário da liberdade, restrita pelos absolutistas do Antigo Regime, que edificaram seu poder a partir da doutrina da monarquia divina. Envoltos na contradição estabelecida entre a liberdade do indivíduo e o poder absoluto do monarca e, em virtude desta antítese, ambicionando a superação do Estado absolutista, emerge o primeiro Estado de Direito, no contexto da Revolução Francesa de 1789 e da ascensão da burguesia revolucionária ao poder, que se valeu da teoria jusnaturalista para comprimir os poderes do rei e aniquilar os privilégios feudais até então vigentes (Bonavides, 2013, p. 40-44).

Neste âmbito, é na quadra histórica da revolta social ocorrida na França no final do século XVIII que se experimenta o primeiro Estado jurídico, demarcado pelo formalismo máximo e pelo papel fundamental de guardião das liberdades individuais, estas tão prestigiadas pela sociedade da época e limitadas pela monarquia absolutista derrotada. Em decorrência do caráter burguês da Revolução, estabelece-se ordem social em que se pretendia triunfante, modo absoluto, o liberalismo, este consagrado no texto constitucional (Bonavides, 2013, p. 40-44).

No que tange às características que o determinam, o Estado de Direito Liberal apresenta conotação material em relação **(a)** às funções e propósitos da administração e **(b)** à natureza da lei, destacando-se a posição central que passa a ocupar a sociedade, com suas próprias

exigências, em detrimento da autoridade estatal nesta nova estrutura que se eleva, bem como o papel desempenhado pela lei, não mais representando a vontade do Estado capaz de ser imposta de modo incondicional, mas instrumento de garantia de direitos (Zagrebelsky, 2011, p. 23).

Conforme indica Mayer (1982, p. 72), partindo-se da premissa inafastável de que se trata a lei de ato deliberado por um Parlamento representativo, o empreendimento denominado Estado de Direito Liberal se materializa na **(1)** supremacia daquela – lei – sobre a administração, **(2)** subordinação dos direitos dos cidadãos tão somente à lei, afastando o poder estatal (vigente durante o Antigo Regime) de ingerência sobre estes e **(3)** existência de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei – e apenas a lei – nas controvérsias estabelecidas entre particulares ou entre estes e a administração. Nessa conjuntura, compõem esta nova figura de Estado a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação de poderes, tudo a indicar orientação no sentido da proteção do indivíduo ante as arbitrariedades do poder estatal e condicionar a autoridade do Estado à liberdade da sociedade, atribuindo-se à lei a tarefa de estabelecer o equilíbrio necessário (Zagrebelsky, 2011, p. 23).

Especificamente quanto à divisão de poderes, revela-se técnica primordial de proteção dos direitos da liberdade, que tem como um de seus principais expoentes teóricos Montesquieu (1951, p. 395), para quem a separação em questão manifesta-se como princípio de organização do Estado constitucional, no âmbito deste permanecendo estruturalmente separados e reciprocamente contidos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, validando entendimento segundo o qual a restrição do poder ocorre por meio do próprio poder e se concretiza pela técnica de sua organização, não apenas em perspectiva teórica, assegurada sua efetiva distribuição entre instituições que não se confundem.

Com efeito, a filosofia política do liberalismo almejava, essencialmente, a salvaguarda da liberdade, partindo da premissa de que, para alcançar seu desiderato, indispensável era a decomposição da soberania, materializada na onipotência da Coroa, encontrando-se na aludida tripartição dos poderes a solução que viabilizava o enfraquecimento e a conseqüente derrubada do poder soberano (Bonavides, 2013, p. 44-45). Não por outra razão que Leibholz (1936, p. 137), após apontar como crucial ao enfrentamento da tendência monopolizadora do poder estatal a criação de freios destinados a assegurar a liberdade e a propriedade individuais, sustenta cuidar-se a divisão dos poderes de sistema que impõe a determinados organismos representativos a participação e o controle mútuos no processo de formação da vontade estatal, garantindo-se a liberdade individual por meio do equilíbrio político e da obstrução de ingerências discricionárias.

No que diz respeito à organização jurídica do Estado sobre o qual se trata, manifesta a

relevância, em sua estruturação, do princípio da legalidade, este traduzindo, desde a perspectiva constitucional, a hegemonia da burguesia, visto que submetidos Executivo e Judiciário à autoridade da lei, esta de competência da Câmara representativa. Socorre-se o Estado de Direito Liberal da lei para fincar suas raízes em terreno sólido, notadamente considerando que a evolução dos sistemas constitucionais havia garantido o triunfo dos valores políticos e jurídicos da burguesia liberal. Deve-se, no entanto, atentar à circunstância de que a compreensão de lei aqui referida não se assemelha às leis atualmente vigentes em um Estado Democrático de Direito próprio do segundo pós-guerra, consistindo, à época, em um código – considerado como modelo o Código Civil Napoleônico –, no bojo do qual se identificavam todos os seus predicados: a vontade positiva do legislador, dedicada a projeto jurídico fundado na razão (produzido pela burguesia liberal) e impositiva por todo o território abrangido por determinado Estado, o caráter dedutivo do desenvolvimento das normas, a generalidade e abstração, a sistematicidade e a completude (Zagrebel'sky, 2011, p. 30-32).

Acerca da completude apontada por Zagrebelsky, expressava-se na aspiração da lei, compreendida como código, de disciplinar a integralidade das questões atinentes à vida humana, desprezando-se, de modo absoluto, o encargo criativo dos magistrados na aplicação do Direito (Tepedino, 2000, p. 02). Enfrentadas todas as condutas humanas juridicamente relevantes pelo legislador, havendo descrição detalhada sobre cada qual e consequências categoricamente estabelecidas, restava sufocada qualquer margem de deliberação pelo julgador, que se limitava a mero silogismo, contexto este que evidenciava, na dinâmica da separação de poderes anteriormente mencionada, a onipotência do legislador em detrimento da atividade jurisdicional, reduzida ao servilismo (Martins-Costa; Branco, 2002, p. 116).

Na conjuntura do Estado de Direito Liberal, o padrão de codificação caracterizava-se pela estrita e rígida separação entre os Direitos Público e o Privado, aquele responsável por versar sobre as relações estabelecidas entre o indivíduo e a administração, cuidando-se de hipótese de incidência da Constituição, ao passo que a este competia regular as dinâmicas sociais e de mercado mantidas entre particulares, aplicável o documento máximo do sistema vigente, o Código Civil (Sarmiento, 2003, p. 283), que exercia a função de Constituição das relações privadas e da sociedade civil (Tepedino, 1999, 04).

Neste contexto, tem-se como concepção de Direito própria desta modalidade de Estado de Direito – “Legislativo”, conforme denominada por Zagrebelsky – a ciência da legislação positiva, cuja orientação pressupunha a monopolização da produção jurídica na instância legislativa, reduzindo-se o universo jurídico, aqui compreendidos Direito e Justiça, ao disposto na lei, imperando a vontade do legislador e, como exposto, competindo ao Poder Judiciário

apenas identificar a norma incidente à hipótese remetida ao seu enfrentamento (Zagrebelsky, 2011, p. 33).

Antes de avançar, merece registro que o Estado Liberal sofreu significativa transformação estrutural em processo de transição que o conduziu ao denominado Estado Social, reconhecido a partir de quando passa a burguesia capitalista a admitir a existência de determinados direitos ao proletariado, admissão esta ocorrida em cenário no qual se viu o Estado coagido em decorrência da pressão exercida pela massa trabalhadora. Poder-se-ia reconhecê-lo em virtude da concessão estatal de direitos trabalhistas e previdenciários, bem como de atuação proativa interventora na economia e no combate ao desemprego, dentre outras tantas condutas que podem ser resumidas na postura estatal de ampliação de sua influência a domínios antes destinados à iniciativa individual. Em verdade, a atenuação do poder político exercido pela burguesia dominante sobre as demais classes expõe a distinção entre Estado Liberal, no âmbito do qual o controle burguês era absoluto, e o Estado Social (Bonavides, 2013, p. 182-187).

Ponto relevante a ser compreendido sobre o Estado Social, entretanto, refere-se à circunstância de que, inobstante situado em momento histórico no qual se pretendia superar a antítese havida entre igualdade política e desigualdade social, compatibilizava-se com diferentes sistemas de organização política – de democracias ao nacional-socialismo –, desde que seus programas não acarretassem modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais, sendo certo que regimes totalitários vigentes na Alemanha, Itália e Portugal na primeira metade do século XX enquadravam-se na classificação de Estado Social, que manteve em sua estrutura a concepção de Direito positivista e a ideia de supremacia do legislador (Bonavides, 2013, p. 182-187).

Feito este registro, percebe-se que, após o término da Segunda Guerra Mundial, as constituições passaram a ocupar posição nuclear nos sistemas jurídicos contemporâneos, diversamente do cenário identificado durante o século XIX e a primeira metade do século XX, posição esta que ostenta especial responsabilidade pela derrocada da supremacia ideológica e cultural oriunda do positivismo jurídico (Mello, 2004, p. 26).

Não obstante, emergiu a necessidade de rompimento com o modelo de Estado vigente à época, cuja estrutura legislativa conferiu legitimidade aos regimes atrozos que se estabeleceram em determinados países europeus, sob o manto de um formalismo inflexível que se satisfazia com a mera observância dos procedimentos previstos à criação de leis. Instalou-se, no continente europeu, um movimento de reorganização institucional no intuito de salvaguardar direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Da experiência

constitucional europeia, depreende-se significativa alteração na estrutura do Estado, que de “Legislativo de Direito” passou a “Constitucional de Direito”, em evento denominado como neoconstitucionalismo, daí nascendo a noção de constitucionalismo democrático (Tassinari, 2012, p. 29).

No âmbito do Estado “Constitucional de Direito”, diversamente da dinâmica estabelecida no “Legislativo de Direito”, sujeita-se a lei à relação de adequação e, portanto, de subordinação a filtro situado em posição hierarquicamente superior na estrutura do ordenamento jurídico, a Constituição. Esta inovação pretende conduzir às últimas consequências o programa de absoluta sujeição de todas as atividades estatais ordinárias ao Direito, incluindo a função legislativa – excetuada sua parcela que diz com a seara constitucional –, e acaba por realizar, em sua máxima expressão, o princípio do governo das leis, aqui não mais compreendida a lei na perspectiva que lhe foi dada pelo Estado Liberal, princípio este constantemente apontado como relevante base ideológica que fundamenta o Estado de Direito. E consequência desta transformação repercute, inevitavelmente, na concepção de Direito, demarcando o declínio da ciência da legislação positiva (Zagrebelsky, 2011, p. 33-34).

No que toca ao desenvolvimento do neoconstitucionalismo, conservam-se como primordiais referências a Constituição alemã, promulgada em 1949, e o Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, data a partir da qual se inaugura período de fértil produção doutrinária e jurisprudencial que promove a ascensão científica do direito constitucional. Acompanhou o movimento de redemocratização no continente europeu a Constituição italiana de 1947, com a subsequente instalação da Corte Constitucional em 1956, reforçado, na década de 1970, por processos de reconstitucionalização em Portugal e na Espanha (Barroso, 2007, p. 204).

A análise das constituições oriundas da segunda metade do século XX revela que extrapolam as funções clássicas de controle do poder e organização estatais e dos processos de produção normativa, avançando no sentido de enfrentar à altura a grave crise política e moral verificada na civilização humana, que culminou com a Segunda Grande Guerra. Não por outro motivo que o constitucionalismo que nasce neste período histórico transfere o seu núcleo gravitacional, até então composto pela soberania parlamentar e supremacia da lei, ao novo sistema de direitos fundamentais adotado, que introduz nas constituições valores de cunho moral, político e social, superando-se definitivamente a doutrina positivista na qual vigorava a pureza da ordem jurídica e aproximando-se o Direito da moral (Mello, 2004, p. 84-85).

Até o segundo pós-guerra, nutria-se a compreensão de que a constituição não

representava nada além de um documento público no qual eram prescritas determinadas normas que, para sua aplicação, necessitavam da atuação do legislador ou do administrador, vinculada a efetivação das disposições constitucionais às ações dos Poderes Legislativo ou Executivo, em época na qual o mecanismo designado de controle de constitucionalidade das leis era atividade praticamente inexistente. Predominava, portanto, a posição central ocupada pela lei, amparada na orientação de que a vontade do legislador deveria prevalecer (Barroso, 2016, p. 522).

Com o advento do que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, a constituição abandona a condição de documento público dependente, sendo alçada ao *status* de norma jurídica e passando a estabelecer deveres de atuação estatal, para além de disciplinar a organização do poder político e o processo de criação das leis ou mesmo exercer função limitadora da atividade do Estado. O novo panorama que surge a partir do neoconstitucionalismo substitui a lei pela constituição e a primazia parlamentar pela judicial, isto é, transferindo ao Poder Judiciário¹, na figura de um tribunal constitucional, a competência última para interpretar as normas previstas na Constituição, eventualmente tornando a orientação adotada pela Corte vinculante às demais instâncias do Judiciário (Barroso, 2016, p. 522-523).

Em verdade, ambicionam as constituições contemporâneas oferecer solução ao ordenamento jurídico – em virtude dos perigos decorrentes de um sistema fundado na ciência da legislação positiva, notabilizados durante a primeira metade do século XX – a partir da vinculação da atuação legislativa a pressuposto maior, que impõe observância obrigatória às suas diretrizes, condicionando, orientando e, se necessário, contendo o desenvolvimento da produção jurídica, influenciado, dentre outros fatores, por eventuais pressões sociais que surgem em determinados momentos. Intenta-se, através deste movimento, estabelecer concepção de Direito mais profunda do que a proposta pelo positivismo jurídico, deveras limitada (Zagrebelsky, 2011, p. 39).

2.2 ELEMENTOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

¹ Considerando os fins a que se destina este trabalho e a pretensão de demonstrar, por meio deste primeiro capítulo, a ascensão do Poder Judiciário no contexto de transição do Estado Legislativo de Direito ao Constitucional de Direito, as expressões Poder Judiciário, Tribunal Constitucional e Corte Constitucional serão empregadas de modo intercambiável, enquanto elementos jurisdicionais dos respectivos Estados, embora não sejam desconhecidas as características que as diferenciam, notadamente a circunstância de que, enquanto determinados países ocidentais optaram pela atribuição do exercício do controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, na figura de um Tribunal Constitucional (tal como ocorre no Brasil, competindo esta atividade, modo concentrado, ao Supremo Tribunal Federal), outros Estados Nacionais optaram por conferir competência a Órgãos desvinculados do Poder Judiciário, as denominadas Cortes Constitucionais (como exemplo, tem-se a experiência italiana).

Também chamado de constitucionalismo do pós-guerra ou novo direito constitucional, o evento em questão ostenta a magnitude de quem descreve o desabrochar de um novo contexto, reconhecido a partir de uma multiplicidade de mudanças em diferentes áreas, caracterizado pelo pós-positivismo, responsável pela aproximação entre Direito e moral, enquanto marco filosófico e por um complexo de percepções e práticas no campo teórico, que vão da valorização do poder normativo da Constituição, passando pela criação de tribunais competentes à interpretação das disposições constitucionais, que consolidam a intitulada jurisdição constitucional e a conseqüente ascensão do Poder Judiciário, e alcançando uma nova hermenêutica constitucional, consistente em novos métodos de apreciação e aplicação das normas estabelecidas pelo constituinte, revelando-se aqui os princípios, as colisões entre direitos fundamentais e a ponderação enquanto procedimento que viabiliza o equacionamento das questões postas à apreciação dos juízes com base em parâmetros sofisticados (Barroso, 2015, p. 27-28).

Como exposto, no âmbito dos Estados Nacionais da Europa continental, em momento anterior à guinada promovida pelo neoconstitucionalismo, dois pressupostos imperavam: **(a)** a crença na legitimidade do legislador e conseqüente ilegitimidade do magistrado ao processo de criação do Direito; e **(b)** a compreensão de que a atuação estatal deveria se resumir à proteção da propriedade e da segurança interna e externa do cidadão (*laissez-faire*). Determinados episódios, no entanto, estremeceram as premissas fundantes daqueles Estados, notadamente o crescimento exponencial da desigualdade social decorrente do capitalismo selvagem e, dentre outros regimes totalitários, o triunfo do nazismo, cujas conseqüências revelaram que a observância de processo eleitoral à investidura de agentes nos Poderes Executivo e Legislativo não configura antídoto absoluto à perpetração de atrocidades (Sarmiento, 2007, p. 117).

Posto este cenário, sobreveio a desilusão e conseqüente derrocada do positivismo jurídico², abandonando-se o culto à lei em sentido formal ao se constatar a insuficiência de

² Ao formular crítica sobre artigo escrito por Eros Grau, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Lenio Luiz Streck adverte que não se trata o positivismo jurídico de “aplicar a letra fria da lei”, destacando que a origem das grandes teses positivistas se encontra nas teses (a) de separabilidade entre Direito e moral e (b) das fontes sociais, denominada por Ronald Dworkin (2003, p. 23-72) de tese do *pedigree*. Herbert Hart (2012, p. 240) sustenta que o positivismo “designa a afirmação simples de que não é necessariamente verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou a satisfaçam”. Andrei Marmor (2011, p. 114) alerta que o “positivismo jurídico não é uma teoria sobre o dever moral de juízes”. Tendo em mente tais compreensões, Streck elucida nunca haver, a tradição dominante do positivismo jurídico, referido que ao julgador incumbe o dever de aplicar o texto legal, tampouco tecido qualquer consideração acerca da atuação do magistrado, exatamente porque a ausência de preocupação com a decisão judicial é característica própria do juspositivismo. Partindo da premissa de que existente limite inerente à linguagem natural – tanto não se aplicando apenas quando se trata sobre normas –, Hart (2012, p. 164-166) enuncia que, em determinado momento, os padrões de comportamento transmitidos

imposição de meros limites procedimentais ao ordenamento jurídico, que, se atendidos, admitiam atribuição material de qualquer natureza, inexistindo restrições substantivas ao seu conteúdo. Ocorre que, se o positivismo jurídico, notabilizado pela dissociação entre Direito e moral, não mais se revelava viável, igualmente flagrante a inviabilidade de retorno ao jusnaturalismo, uma vez que os Estados Nacionais, àquela altura histórica, não mais eram compostos por indivíduos que compartilhavam da mesma religião, ideologia ou cosmovisão, circunstância que tornava impraticável a sustentação do sistema jurídico a partir do Direito Natural. Emerge, então, o constitucionalismo como alternativa às demandas sociais do segundo pós-guerra (Sarmiento, 2007, p. 117-118).

Neste ínterim, especificamente quanto à nova hermenêutica constitucional, tanto os operadores quanto os teóricos do Direito notaram a insuficiência das categorias tradicionais de interpretação jurídica à solução de determinados problemas relacionados à consecução da vontade constitucional, percepção esta que motivou o desenvolvimento doutrinário de catálogo composto por novos conceitos e categorias, constatando-se processo denominado de nova interpretação constitucional, amparado em sincretismo metodológico que pretendeu promover o diálogo entre produções nacionais e referências estrangeiras (Barroso, 2007, p. 213).

Altera-se a dinâmica estabelecida por força da interpretação jurídica tradicional, no âmbito da qual competia à norma oferecer, através de previsão abstrata, a resolução da controvérsia jurídica instalada e, ao magistrado, atribuía-se função meramente subsuntiva, isto é, de determinar, por meio de análise do ordenamento jurídico, a disposição adequada ao desenlace da questão submetida à sua apreciação, concluindo-se, portanto, que do julgador se esperava tão somente o conhecimento técnico necessário para identificar, sob a lente única da norma posta, a resposta do problema (Barroso, 2007, p. 213).

A supramencionada nova interpretação constitucional propõe transformações em relação ao papel exercido pelo **(a.1)** texto normativo e por seu **(b.1)** intérprete, **(a.2)** aquele não mais considerado como fonte única de respostas às demandas encaminhadas ao exame do Poder Judiciário, admitindo-se a incapacidade do ordenamento jurídico de abarcar, modo prévio e abstrato, todas as soluções às potenciais controvérsias havidas, e **(b.2)** deste não mais exigido apenas o conhecimento técnico à luz da norma posta, mas também o exercício de valorações de

por meio das leis será questionado, quando estar-se-á diante da intitulada textura aberta do texto jurídico, socorrendo-se, então, da discricionariedade para solucionar o impasse identificado em decorrência da aludida textura aberta. Tem-se, portanto, nos dizeres de Streck, o reconhecimento, pelo positivismo, quanto à impossibilidade, no âmbito do Direito, de se conceber uma legislação por completo, bem como a orientação de que, alcançando-se o ponto em que a convenção termina, deverá o juiz decidir conforme seu juízo discricionário. Nesta trilha, Dworkin (2002, p. 55) sintetiza que, para o positivista, “quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário pra julgar”.

sentido às normas de textura aberta, bem como a ponderação entre diferentes caminhos potencialmente adequados à resolução do litígio e a consequente argumentação que sustente a decisão adotada, evidenciada a elevação do magistrado à condição de coparticipante do processo de criação do Direito, até então exclusividade do legislador (Barroso, 2007, p. 213-214).

Com efeito, o caráter hermenêutico assumido pelo Direito no âmbito das democracias constitucionais decorre da invasão, pelo constitucionalismo, de setor até então ocupado exclusivamente pela regulamentação legislativa, contexto que evidencia a reunião de diferentes condições, **(a)** o crescimento da reivindicação por direitos fundamentais e **(b)** a diminuição da esfera de atuação do legislador, passando ao papel de coadjuvante e transferindo o protagonismo à justiça constitucional. Enquanto no Estado Liberal as decisões eram centralizadas no Poder Legislativo, o Estado Democrático de Direito tem como foco de tensão o Poder Judiciário, e esta transição promove o deslocamento do Direito ao papel de instrumento de transformação social, uma vez que, além de regular a intervenção estatal na economia e impor obrigações de realização de políticas públicas, elenca extenso rol de direitos fundamentais-sociais (Streck(a), 2011, p. 59-64). Quanto à alteração do foco de tensão promovida pelo Estado Democrático de Direito, que se desloca em direção ao Judiciário, Streck (2011, p. 190) sintetiza o fenômeno:

[...] é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos na Constituição.

Percebe-se, a partir da metade do século XX, que significativo número de países que reestruturaram suas ordens jurídicas após o segundo pós-guerra, notadamente após desvincularem-se de antigas colônias ou superarem regimes totalitários internos, adotaram mecanismos de jurisdição constitucional, incorporando-os ou fortalecendo aqueles eventualmente existentes, tornando possível o exercício de controle de constitucionalidade e, via de consequência, assegurando maior eficácia à concepção de supremacia da Constituição. Merece destaque, ademais, outro fenômeno identificável no contexto histórico em questão: cuida-se da expansão das tarefas constitucionais, evidenciada pela maior abrangência de assuntos sobre os quais se debruça, tais como economia, relações de trabalho e proteção à

família. E, em virtude da previsão expressa de direitos sociais e econômicos, para além dos tradicionais direitos individuais, passa-se a haver demandas consistentes em prestações estatais positivas dependentes de políticas públicas onerosas em áreas tais como educação e saúde (Sarmiento, 2007, p. 118-119).

Tem-se, em decorrência da constitucionalização do Direito, significativa repercussão nas relações estabelecidas entre os três Poderes e, conseqüentemente, na atuação de cada qual, manifesta a limitação que provoca na liberdade de conformação do legislador, como já mencionado, e na discricionariedade do administrador, bem como a imposição, em relação a ambos, de deveres de atuação à consecução de direitos e programas constitucionais e, especificamente quanto ao Poder Executivo, o fornecimento de fundamento de validade à realização de atos de aplicação direta e imediata do texto constitucional. Sob a perspectiva do Poder Judiciário, o fenômeno em comento apresenta-se como parâmetro ao controle de constitucionalidade a ser exercido e condiciona a interpretação das demais normas que compõem o ordenamento jurídico às diretrizes constitucionais (Barroso, 2007, p. 218).

Consolidada a partir da criação de tribunais cuja atribuição é interpretar o texto da Constituição, a jurisdição constitucional demanda dos magistrados diferentes atividades, contemplando a aplicação direta das previsões constitucionais, o exercício do controle de constitucionalidade das legislações e atos promovidos pelo Poder Público e o exame das leis em conformidade com as normas constitucionais, de modo que consiste, em última análise, na interpretação e aplicação da própria constituição pelos órgãos judiciais (Barroso, 2016, p. 522-523).

Tem-se, diante do advento do neoconstitucionalismo, a expansão dos efeitos provocados pelas disposições constitucionais no sistema jurídico, tanto demonstrado pela influência do conteúdo material e axiológico das normas de hierarquia constitucional naquelas de patamar inferior, cuja validade e significado passam a estar condicionados aos valores, fins públicos e comportamentos compreendidos nas diretrizes do texto constitucional. Como consequência desta nova dinâmica, a Constituição não se resume a mero sistema que se encerra em si mesmo, estabelecendo-se como a lente através da qual se interpretam as previsões infraconstitucionais, notabilizado o evento denominado constitucionalização do Direito, que ostenta como principal característica a reinterpretação do ordenamento jurídico a partir de uma leitura constitucional (Barroso, 2015, fl. 28).

Debruçando-se sobre o ingresso da Constituição, envergando especial força normativa, na paisagem jurídica do Estado, determinados doutrinadores, a exemplo de Paulo Ricardo Schier (1999), denominam este movimento de reinterpretação do sistema normativo de

filtragem constitucional, que provoca a constitucionalização do direito infraconstitucional por meio de nova apreciação da legislação vigente, agora à luz do texto constitucional, sendo esta a circunstância mais relevante do fenômeno em questão, sobrepondo-se, inclusive, à incorporação de normas próprias de outros domínios na Carta Magna (Barroso, 2007, p. 227). Não por outro motivo que José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira apontam a vinculação da leitura do ordenamento jurídico às diretrizes da Constituição como elementar expressão de sua hegemonia (Canotilho; Moreira, 1991, p. 45).

Três aspectos transmitidos pelo novo direito constitucional se destacam no âmbito da constitucionalização do direito: **(1)** material, **(2)** estrutural e funcional e **(3)** político. Quanto ao primeiro, cuida-se da recepção de determinadas exigências da moral crítica, na forma de direitos fundamentais, pelo ordenamento jurídico vigente, manifesta a significativa dimensão axiológica adquirida pelo Direito, que indica a adoção de um conceito não positivista sobre a ciência jurídica, vinculando-se o sistema à moral de modo conceitual, traço que diferencia nitidamente a nova concepção de constitucionalismo que surge de suas versões anteriores. No que diz respeito ao aspecto estrutural e funcional, trata sobre a estrutura das normas constitucionais e se manifesta através da argumentação promovida por estas, destacando-se, aqui, os princípios constitucionais, aos quais toda e qualquer argumentação jurídico-racional se submete, aproximando-se raciocínio jurídico e raciocínio moral. Por fim, em relação ao aspecto político, tem-se o já aludido deslocamento do protagonismo até então exercido pelo Poder Legislativo ao Poder Judiciário, notadamente à justiça constitucional (Streck, 2004, p. 102).

O constitucionalismo democrático, portanto, ensejou um novo viés à concepção de Direito, não mais vinculado àquele formalismo inflexível do Estado de Direito Liberal do século XIX e da primeira metade do século XX, mas ao substancialismo, isto é, à materialidade, o fenômeno jurídico preocupando-se com o conteúdo para além da forma (Tassinari, 2012). Com efeito, os valores substantivados (direitos sociais e fundamentais) nas constituições promulgadas no pós-guerra simbolizam a ruptura promovida com o constitucionalismo anteriormente vigente, e, nesta nova perspectiva, o Poder Judiciário assume posição protagonista, o que se evidencia a partir dos institutos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, os quais impõem aos órgãos jurisdicionais o dever de apreciar a substância dos atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo, não bastando ao reconhecimento de constitucionalidade a observância a determinadas formas e procedimentos (Streck(c), 2004, p. 20-21).

Destarte, ainda que seja ingênuo e demasiadamente pretensioso atribuir ao Judiciário, aqui compreendendo tanto o Tribunal com competência constitucional quanto as demais

instâncias, a responsabilidade por solucionar as mazelas sociais de determinada comunidade, Lenio Streck (2004, p. 21-22) alerta:

[...] é pela via do cumprimento da Constituição, através dos órgãos competentes, que é possível, em determinados casos, a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição, e, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

Tal advertência decorre da compreensão de que a constitucionalização do Direito consiste na projeção dos princípios constitucionais ao ordenamento jurídico enquanto sistema, projeção esta concretizada por meio da jurisdição constitucional, a quem compete a aplicação direta do texto constitucional quando identificada norma com este incompatível, por meio da declaração de inconstitucionalidade, e a interpretação conforme, no intuito de conferir atribuição de sentido à norma, dentre outros possíveis, adequado aos preceitos subjacentes à Constituição (Barroso, 2007, p. 242)³.

No contexto do constitucionalismo democrático, despontam dois fatores que se permeiam mutuamente: a força normativa da constituição, compreendida, à luz da doutrina de Konrad Hesse, como pretensão de eficácia, que condiciona materialmente a legalidade (Streck(b), 2011, p. 50), e a denominada Constituição Dirigente, termo cunhado por Canotilho a partir do aprofundamento da tese do jurista alemão Peter Lerche, que culminou na adaptação do empreendimento ao contexto português. O autor português advoga a tese do que denomina de “direito diretamente aplicável”⁴ (Motta, Tassinari, 2018, p. 489).

No início da década de 1960, Lerche enumera os quatro setores que tradicionalmente compunham as Constituições, identificados como **(1)** as linhas de direção constitucional, **(2)** os

³Especificamente quanto à interpretação conforme a Constituição, deve-se ter em mente o entendimento adotado pela jurisprudência, que se verifica tanto no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão (1 BvL 149 (52-33, 11 jun. 1958) quanto no Supremo Tribunal Federal (STF, DJU 15 abr. 1988, Rp. 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves), de que o Poder Judiciário se encontra vinculado ao espírito da lei, sendo inadmissível que promova interpretação conforme que contrarie sentido inequívoco conferido pelo legislador àquela previsão, sob pena de verdadeira criação normativa, circunstância que promoveria a atuação do magistrado na condição de legislador positivo.

⁴A noção de “direito diretamente aplicável” é retratada na Constituição brasileira em seu artigo 5º, § 1º, onde estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, 1988). Na reflexão proposta no início dos anos 2000 (sobre a qual tecidas breves considerações na nota de rodapé nº 5), Canotilho critica o referido dispositivo constitucional insculpido na Carta de 1988, apontando incompreensão teórica quanto à noção de direitos diretamente aplicáveis, incompreensão esta evidenciada pela transferência do princípio em questão a todos os direitos e garantias fundamentais, abrangendo, modo indiscriminado, a integralidade dos direitos sociais consagrados no capítulo II de nossa atual Constituição (Canotilho, 2000, p. 217-225).

dispositivos determinadores de fins, (3) os direitos, garantias e repartição de competências estatais e (4) as normas de princípio, e avança ao indicar a incorporação, pelas Constituições modernas – surgidas no contexto do segundo pós-guerra –, de diretrizes que consistiriam em verdadeiras imposições permanentes ao Poder Legislativo, as quais denomina de dirigentes, cunhando, então, a expressão Constituição Dirigente (Lerche, 1999, p. 61-65).

Diversamente da proposição de Lerche, que conclui residir no âmbito das imposições permanentes consagradas no texto constitucional a discricionariedade material do legislador, Canotilho apresenta versão mais extensa⁵ (Canotilho, 2001, p. 224-225), adotando o termo com

⁵Em texto posterior, denominado “O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida”, Canotilho promoveu consideráveis reflexões sobre seu pensamento: “[...] a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito constitucional ao Direito internacional e os direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania, seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de 'linha Maginot', contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a 'linha de caminho de ferro', neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais”. Considerando o momento histórico de sua reflexão, início dos anos 2000, expõe sua preocupação quanto ao risco de que a Constituição não mais mantenha sua capacidade deser compreendida como estatuto jurídico do político, alertando que, a despeito da denominada *legal transplant*, identificada na conjuntura europeia, de deslocamento da ideia constitucional a nível global, o documento constitucional não consistiria em nada além de texto útil para direitos e políticas simbólicas (Canotilho, 2000, p. 217-225). Manifesta a compreensão que constitui o fio condutor do argumento desenvolvido pelo autor português, no sentido de que a Constituição, assim como as demais fontes do Direito, revelar-se-iam inadequadas ao impulsionamento e à edificação das bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada (deve-se ter em mente que a obra na qual Canotilho apresenta sua ideia de Constituição Dirigente data de 1982, ao passo que as reflexões de que se trata foram desenvolvidas no início do novo milênio). Adverte que a teoria constitucional deve atentar à circunstância de que as sociedades contemporâneas pluralistas estão estruturadas em nível de complexidade que origina sistemas diferenciados, razão pela qual resta inviabilizada a pretensão de, por meio de um código unitarizante dos vários sistemas sociais, dirigir constitucionalmente a sociedade. Ainda que reconheça a Constituição como documento apto a constituir dimensão básica de legitimidade moral e material – e, portanto, elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de texto básico através de desregulamentações –, considera que o texto básico ao qual se refere (compreendido como a Constituição) não mais se presta à qualidade de fonte jurídica única. A partir da reflexão de Canotilho, depreende-se a inviabilidade de, no mundo contemporâneo, complexo e pluralista, falar-se em teoria da Constituição, visto que cada documento constitucional está vinculado à identidade nacional e às especificidades de cada Estado Nacional, bem como à sua inserção no cenário internacional, concluindo-se, igualmente, não haver “um único constitucionalismo”, mas “vários constitucionalismos”. Mantendo no horizonte a premissa de que, exceto o núcleo mínimo universal que conforma a teoria geral da Constituição (comum a todos os países que adotaram modelos democrático-constitucionais), há núcleo próprio de cada Constituição – diferenciado em virtude das particularidades de cada Estado e que consiste no eixo de direitos sociais-fundamentais assentados em cada documento constitucional no intuito de assegurar as promessas da modernidade –, torna-se inviável examinar, na experiência brasileira, a ideia de Constituição Dirigente sem que sejam observadas as individualidades inerentes aos países de modernidade tardia tal como o Brasil, devendo-se assimilar uma teoria da Constituição dirigente adequada a países periféricos como dedicada à construção de condições de possibilidade ao resgate das promessas da modernidade descumpridas, capazes de pôr em xeque as estruturas basilares do Estado Democrático de Direito. Trilhando este horizonte, constata-se que, ao menos no contexto brasileiro, a ideia de Constituição Dirigente permanece válida, notadamente em decorrência do elevado coeficiente de promessas constitucionais descumpridas, apta a vincular materialmente o legislador, exatamente porque continua a ser o Direito instrumento de implementação de políticas públicas. Se a Constituição Dirigente se viu enfraquecida no Velho Continente, em virtude das particularidades que envolvem o cenário europeu, tais

a ambição de determinar a força operante do direito constitucional (Canotilho, 2001, p. 27), tornando-se o documento em questão condição material da política (Canotilho, 2001, p. 487), circunstância que acarreta a possibilidade de que inércias dos Poderes Executivo e Legislativo sejam remediadas pela atuação do Judiciário, exatamente por meio da implementação dos instrumentos dispostos na constituição promulgada a partir da transição ao Estado Democrático de Direito (Streck(b), 2011, p. 65).

Em que pese haja inegável identidade de pretensões entre as variantes alemã e portuguesa da proposta de Constituição Dirigente – perceptível na desconfiança, comum a ambos os autores, da atuação legislativa e na compreensão de que necessária sua limitação ao texto constitucional –, Canotilho vai além, ampliando a perspectiva dirigente à integralidade da Carta. Tem-se, como cerne do empreendimento, o entendimento de que os fins e tarefas constitucionalmente elencados pelo constituinte legitimam materialmente a própria Constituição, que, na perspectiva do autor português, não apenas assegura os direitos até então existentes, mas também apresenta programa para o futuro, visando à mudança da realidade social através do Direito, conferindo substrato jurídico à alteração desejada (Bercovici, 2007, p. 168-169).

Não obstante, na concepção de Gilberto Bercovici (2007, p. 172-173), a proposta de Constituição Dirigente sustentaria tese demasiadamente poderosa que adentraria na compreensão de autossuficiência, nutrindo crença de que bastaria a realização dos dispositivos constitucionais à efetiva transformação do quadro social, olvidando-se, neste cenário, do Estado e da política. Contextualiza que o menosprezo em questão decorreria da crise de representatividade e dos partidos políticos no período posterior ao término da Segunda Guerra Mundial, visto que, até então, ocupavam estes a posição de garantidores da unidade política estatal, apresentando-se como instrumentalizadores da soberania popular e principais atores da democracia constitucional. Estabelecida a queda dos partidos políticos da posição que ostentavam, eleva-se movimento que pretende promover a autonomia da Constituição da unidade política pressuposta, razão porque, preenchendo a lacuna que surge no segundo pós-guerra, desloca-se o Poder Judiciário ao protagonismo da deliberação e prática constitucionais, competindo, agora, aos magistrados a tarefa, até então desempenhada pela política partidário-parlamentar, de realizar o texto constitucional (Fioravanti, 1998, p. 12-20).

Na esteira deste movimento, há a redução da política ao poder constituinte e seu

como a ascensão da União Europeia e dos tratados supranacionais, contexto que provocou reflexões em Canotilho acerca da “eventual morte” de sua teoria outrora advogada, continua extremamente atual em países de modernidade tardia, inseridas em conjuntura significativamente distinta (Streck, 2003, p. 271-278).

consequente menosprezo, alçando-se a jurisdição constitucional ao posto de referência exclusiva da legitimidade do sistema, a quem compete assegurar a adequada observância da ordem jurídica, posicionando-se o tribunal constitucional no vértice da estrutura, de onde respondem, em última instância, às questões que lhe são submetidas, eventualmente atribuindo às próprias decisões *status* vinculante. O alerta de Bercovici ampara-se no receio de que, em contrapartida a este movimento, sobrevenha o afastamento da política democrática e partidária da esfera constitucional, partindo da premissa, avalizada por Maurizio Fioravanti (1998, p. 20), de que o alcance, pela Constituição, da libertação da política poderia ensejar a desvinculação, pela política, dos fins e tarefas constitucionalmente previstos. Em síntese, o processo de reorganização do Estado a partir da centralização do Poder Judiciário, a quem autorizada a limitação dos demais Poderes sob o pretexto de interpretação e concretização das normas constitucionais, promoveria o enfraquecimento do fundamental condicionamento da atividade político-partidária às diretrizes constitucionais (Bercovici, 2007, p. 173-174), restando manifesto, a partir das preocupações expostas, considerável desafio que se impõe ao neoconstitucionalismo: equilibrar as forças que estruturam o Estado Democrático de Direito, notadamente os ideários constitucional e democrático.

2.3 TENSÕES ESTABELECIDAS NO ÂMBITO DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

O constitucionalismo do pós-guerra apresentou dois caminhos potencialmente trilháveis pela jurisdição constitucional, que poderia se restringir à garantia de direitos previstos no ordenamento jurídico, não avançando na nova hermenêutica constitucional, ou atuar de modo a aproximar norma e realidade, em atenção à eticidade substantiva de determinada sociedade, não havendo dúvidas sobre a compatibilidade entre os objetivos do Estado Democrático de Direito e uma jurisdição protagonista (Streck, 2004, p. 22). Em verdade, do Poder Judiciário, no contexto de um Estado que se pretende democrático, não se almeja ocupe posição submissa em relação aos Poderes a quem incumbe a produção normativa, afastando-se a ultrapassada compreensão de que o magistrado seria apenas a boca da lei e adotando-se a orientação de que é a boca do próprio Direito (Guerra Filho, 1997, p. 37).

Constituição enquanto limitação expressa ao Poder Público, institucionalização do sistema de freios e contrapesos, que consagra a separação dos poderes, e Poder Judiciário como ator fundamental a quem incumbe a salvaguarda do sistema em momentos de ruptura, sobretudo por meio do *judicial review*: estes são os três pilares do constitucionalismo contemporâneo. E,

somado ao constitucionalismo, tem-se a teorização jurídico-normativista que lhe alicerçou ideologicamente, reconhecendo ordenamento jurídico e Estado, a união de ambos consolidando a compreensão de Estado Democrático de Direito enquanto definição política fundamental do mundo moderno (Streck, 2004, p. 96).

Ocorre que a transferência de protagonismo promovida pelo neoconstitucionalismo, que, conforme exposto, deslocou a esfera de tensão rumo à justiça constitucional, é apontada por determinados doutrinadores como perigosa ofensa ao princípio democrático, razão pela qual se impõe o questionamento sobre a possibilidade de que este princípio, que sustenta a soberania popular, ceda maior espaço à Constituição, cujo texto prevê métodos de controle à liberdade de conformação do legislador, em detrimento, em última análise, da vontade da maioria. O dilema que se estabelece enfrenta a árdua missão de justificar por que motivo a juízes não eleitos é conferida a atribuição de controlar e, eventualmente, anular disposições legais formuladas e efetivadas por Poderes eleitos, aqui entendidos o Legislativo e o Executivo (Streck, 2004, p. 102).

Este choque inevitável entre o Judiciário, representado na figura do tribunal constitucional, e os demais Poderes do Estado, ilustra, em verdade, o conflito entre constitucionalismo e democracia que se estabelece no contexto das democracias constitucionais, onde, de um lado, há o texto constitucional prevendo direitos fundamentais, sendo a norma extraída do texto detentora de eficácia, e, de outro, o Legislativo e o Executivo, eleitos, eventualmente, por maiorias cujas convicções político-ideológicas são dissonantes dos valores consagrados na Constituição (Streck, 2004, p. 110-111).

A valer, tem-se, de um lado, o ideário democrático, que aponta a vontade majoritária como fator de legitimação do exercício do poder, ao passo que, de outro, o ideário constitucionalista pretende a contenção jurídica do poder, debruçando especial atenção sobre a proteção das liberdades individuais e temendo eventual despotismo das multidões. Deve-se ter em mente que restrições excessivas às atribuições desenvolvidas pelos demais Poderes podem sufocar a soberania popular (cerne do princípio democrático) e conseqüentemente prejudicar, modo significativo, a autonomia do indivíduo enquanto coprotagonista do destino coletivo. Lado outro, a absoluta ausência de limitações à atuação estatal implicaria significativos riscos a valores essenciais dos quais depende a sustentabilidade da empreitada democrática, tais como os direitos das minorias (Sarmiento, 2007, p. 127-128).

Tratando sobre esta paradoxal relação estabelecida entre os ideários democrático e constitucional, Robert Alexy (2003, p. 38), voltado à perspectiva dos direitos fundamentais – que emergem no âmbito do neoconstitucionalismo como protagonistas do texto constitucional,

irradiando-se e alcançando o ordenamento jurídico em sua integralidade –, sustenta serem significativamente democráticos e antidemocráticos. Democráticos porque viabilizam o desenvolvimento social em virtude de tutelarem direitos de liberdade e igualdade, estes capazes de manter a estabilidade do procedimento democrático e garantir as condições necessárias ao funcionamento do processo democrático, notadamente por meio da liberdade de opinião, imprensa, reunião e associação, considerados, ainda, o direito ao sufrágio e demais liberdades políticas. E antidemocráticos porque a submissão inclusive do Poder Legislativo às restrições que seus conteúdos normativos impõem limita o poder de decisão da maioria democraticamente legitimada, revelando verdadeira desconfiança do processo democrático.

Na esteira da lição de Vital Moreira (2001, p. 272), compreendida a Constituição enquanto limite da expressão e da autonomia da vontade popular, a dinâmica entre as dimensões de **(1)** abrangência do texto constitucional e **(2)** liberdade da maioria de determinado momento será direta e proporcional, isto é, quanto maior for o gradiente de incidência das normas constitucionais, maior será a limitação promovida ao princípio democrático. A dificuldade de identificação do ponto de equilíbrio entre a medida ideal de limitação imposta pela Constituição e consequente redução da soberania popular provoca a reflexão sobre até que ponto a constitucionalização não configura prejuízo à democracia.

Acontece que a soberania parlamentar e a separação de poderes, os dois elementos que embasavam as principais críticas à legitimidade da justiça constitucional, viram-se enfraquecidas no novo contexto político-constitucional que emergiu, em virtude da conclusão de que o princípio democrático não autoriza os Poderes eleitos a inobservarem as diretrizes constitucionais, sendo inadmissível que as ambições políticas da maioria governante de determinado momento histórico se sobreponham às intenções da maioria constituinte incorporada por ocasião do arranjo constitucional, triunfando, portanto, a ideia de que o poder constituído, de natureza derivada, deve-se curvar ao constituinte, por sua vez, originário (Moreira, 1993, p. 178).

Especificamente sobre o sistema de freios e contrapesos, o argumento desenvolvido por Carl Schmitt (2011) no sentido de que os problemas de constitucionalidade se tratavam de temas eminentemente políticos, em relação aos quais dever-se-ia manter alheio o Poder Judiciário, restou superada, dentre outros motivos, pela consagração da supremacia da Constituição e notabilização dos tribunais com competência constitucional enquanto órgãos autônomos das demais esferas jurisdicionais, voltados, desde sua criação, ao enfrentamento das particularidades que envolvem a jurisdição constitucional (Moreira, 1993, p. 178).

Percebeu-se, em especial no âmbito dos Estados que adotaram mecanismos de controle

jurisdicional de constitucionalidade das leis, a imposição de bloqueios, por suas Constituições, à deliberação coletiva, configurando, em relação a determinadas questões, verdadeira restrição à esfera de deliberação do legislador (Sarmiento, 2007, p. 131). Com efeito, as noções anteriormente referidas, de soberania popular, maiorias parlamentares e separação de poderes abrem espaço a debate outro, que se impõe em virtude do contexto que se desenvolve no segundo pós-guerra, sobre a legitimidade constitucional, que merece especial atenção do jurista a partir da transição do modelo de Constituição formal ao material, no bojo do qual se encontra a revalorização do Direito e a pretensão de, por meio deste, transformação da realidade social (Streck, 2007, p. 387).

Neste viés, debruçando-se sobre a reflexão proposta no campo doutrinário, acerca da (in)compatibilidade entre democracia e constitucionalismo, Streck fundamenta a conclusão alcançada, no sentido da absoluta compatibilidade entre os referidos princípios, nas seguintes premissas: **(a)** cuida-se a Constituição de criação encarregada de conter o poder do soberano absolutista e das maiorias forjadas no âmbito do regime democrático por meio do emprego de determinadas regras, a que também denomina freios, contramajoritárias; **(b)** trata-se a jurisdição constitucional de criação destinada a garantir eficácia às regras contramajoritárias constitucionalmente previstas. Delineados estes pressupostos, o autor gaúcho não ignora – pelo contrário, concorda com – a compreensão de que o texto constitucional carrega potencial de obstaculizar a vontade majoritária, mas aponta que a Carta foi concebida com o propósito de estruturar o regime democrático do Estado, razão pela qual a rejeição da jurisdição constitucional, mecanismo de efetivação das regras através das quais viabilizada a sustentação do Estado Democrático, revelar-se-ia antitética à própria democracia. E isso porque, trilhando o caminho inverso, constata-se: ausente jurisdição constitucional, não há meio de efetivação dos freios contramajoritários; ausentes freios contramajoritários, a Constituição, tal como projetada na perspectiva do pós-positivismo, perde significativamente sua capacidade de sustentar o regime democrático (Streck, 2007, p. 386).

Em verdade, encarregou-se a história de demonstrar a relação de dependência que se estabeleceu entre o Estado Democrático de Direito e a justiça constitucional, esta apresentando-se como condição de possibilidade daquele que, sem a justiça constitucional, não encontraria ambiente minimamente adequado à sua instalação e funcionamento. Esta constatação mantém estreita vinculação com o novo papel assumido pelas disposições constitucionais, que se afastam daquele desempenhado durante o século XIX e a primeira metade do século XX, quando mantinham sentido tão somente formal e pragmático, passando-se a reconhecer que possuem eficácia a partir de textos que ostentam determinações de agir (Streck, 2004, p. 103).

Nessa conjuntura favorável ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, que tem na justiça constitucional sua mola propulsora à ascensão de modelo a ser adotado, deve-se ter em mente o nexos existente com a nova atribuição que este período histórico reservou ao Direito, qual seja, mecanismo de transformação social, superando-se definitivamente o caráter formalista que lhe era imputado. Esta competência da qual passou a se encarregar o Direito exigiu, via de consequência, determinado entendimento sobre a jurisdição constitucional, que precisava, para atender aos anseios que a função assumida pela ciência jurídica impunha, instrumentalizar e salvaguardar a substância, e não apenas a forma dos textos constitucionais, encontrando-se como solução para a instituição de tribunais constitucionais (Streck, 2004, p. 103).

A jurisdição constitucional, em suma, para além de condição de possibilidade, como referido por Lenio Streck, tornou-se requisito de legitimação e credibilidade política das democracias constitucionais, isto é, premissa necessária à determinação do Estado Democrático de Direito (Moreira, 1993, p. 179-180). A relevância assumida pela justiça constitucional, tanto no que diz respeito à viabilização dos regimes constitucionais democráticos quanto em relação à função desempenhada no âmbito do Estado Democrático de Direito, evidencia a indispensabilidade da intervenção de um Poder por meio do controle de constitucionalidade, circunstância que colocará em tensão constante o órgão responsável pelo exercício deste controle e aquele a quem coube a elaboração ou aplicação de determinada disposição legal cujo conteúdo é submetido à apreciação do controle (Streck, 2004, p. 104-106).

Ademais, a atividade a ser exercida pelos tribunais constitucionais constitui instrumento contramajoritário de concretização das regras consagradas na Constituição, uma vez compreendida a prevalência dos valores constitucionais sobre as previsões legislativas produzidas pelas maiorias de cada momento histórico. Ocorre que tanto, só por si, não se opõe ao princípio democrático – antes pelo contrário – na medida em que a consecução dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente dispostos apresenta-se como condição da democracia, depreendendo-se que o contramajoritarismo protagonizado pelo Poder Judiciário, mediante o controle de constitucionalidade, fortalece os regimes democráticos ao obstar que o texto constitucional se torne meramente simbólico. O cerne do debate doutrinário, portanto, não deve se debruçar sobre a importância da jurisdição constitucional, porque inegável e amplamente evidenciada a partir da consagração do Estado Democrático de Direito, mas acerca dos limites do controle de constitucionalidade a ser exercido pelos tribunais constitucionais (Streck, 2007, p. 386-387).

Acontece que, conforme advertência suscitada por Canotilho (1994, p. 11), afirmar a

submissão da lei à Constituição não basta à identificação acerca da exata medida em que vinculado o legislador ao texto constitucional, impondo-se a análise concreta do modelo adotado por determinado Estado no que toca ao controle de constitucionalidade à conclusão quanto à **(a)** preponderância do aspecto constitucional, por meio de vigorosa investida no escrutínio jurisdicional da adequação das normas infraconstitucionais à Carta Magna (caracterizando o denominado controle de constitucionalidade forte), ou à **(b)** prevalência do aspecto político, que culmina na maior deferência pelo Órgão responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade às decisões provenientes dos Poderes Legislativo e Executivo (falando-se, aqui, em controle de constitucionalidade débil) (Freitas, 2022, p. 98).

Ao desenvolver a compreensão sobre democracia constitucionalmente configurada, Luiz Fernando Calil de Freitas (2022, p. 115) indica que a expressão trata sobre a configuração de uma democracia à luz das normas elencadas no texto constitucional, determinando, via de consequência, vinculação direta e inafastável entre aquela – democracia – e o conteúdo normativo da Constituição, restando evidenciada a existência, para além dos limites formais, de restrições materiais cuja eventual inobservância conduziria ao *status* de inconstitucionalidade. Aponta, ainda, que a admissão de concepção unicamente formal da democracia, entendida como aquela que se satisfaz, para fins de sua concretização, com a tomada de decisões a partir da manifestação de vontade da maioria, inviabilizaria o exercício de controle de constitucionalidade outro que não aquele meramente procedimental, inexistindo qualquer espécie de cerceamento material aos anseios emanados pelas massas.

Para Jon Elster, o constitucionalismo consiste nas limitações tanto de cunho formal (ao estabelecer que determinadas previsões constitucionais demandam, para fins de alteração, procedimento específico) quanto material (fixação de óbice intransponível à modificação de certas normas alçadas ao patamar constitucional pelo poder constituinte originário) impostas pelos próprios Estados, através de suas respectivas constituições, às decisões majoritárias. Daí que advém o entendimento do autor norueguês no sentido de que duas são as funções exercidas, modo sobreposto, pelas constituições, quais sejam, **(1)** a de proteção dos direitos e **(2)** a de instituir bloqueios a determinadas transformações políticas ambicionadas pela maioria em específica conjuntura histórica, cumprindo-se tais encargos de diferentes formas, dentre as quais estão inseridos o reconhecimento de inconstitucionalidade **(a)** da violação dos direitos e **(b)** da promoção de deformações sobre temas considerados imutáveis pelo texto constitucional (Elster, 2001, p. 34-35).

A título exemplificativo, versando especificamente sobre a realidade brasileira, Calil de Freitas destaca a disposição expressa do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece

a inadmissibilidade de deliberação, no âmbito do Poder Legislativo, de proposta tendente a abolir determinados pilares do Estado Brasileiro, assinalando-a como obstáculo concreto às denominadas paixões momentâneas da maioria e sinalização expressa acerca da existência de dimensão material-substancial, para além daquela procedimental-formal, do Direito e da democracia, produzindo como consequência jurídica à violação de qualquer destas dimensões o *status* de inconstitucionalidade a ser reconhecido no âmbito do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário (Freitas, 2022, p. 115).

Cumprir mencionar aqui valioso alerta sobre a possibilidade de que, em determinados momentos históricos, a maioria seja conduzida por paixões momentâneas, distantes, como apontado por Vital Moreira, daquelas que guiaram o constituinte originário, cenário extremamente perigoso e do qual o Direito deve se manter protegido. Como, então, garantir-se-ia esta proteção se também constitui elemento necessário ao regime constitucional democrático a própria democracia, que carrega consigo determinadas características, como um Poder Legislativo eleito pela maioria? A proposta de conciliação reside na noção de pré-compromisso constitucional, adotada, para fins de ilustração, analogia que equipara este empreendimento à lenda de Ulisses, contada por Homero no livro XII da Odisseia. A ideia desenvolvida parte da premissa de que, ao editar a Constituição, o povo amarrar-se-ia às suas previsões por temer, em momento futuro, encontrar-se em situação de vulnerabilidade em relação às próprias paixões ou fraquezas momentâneas (Elster, 1979). O assumido pré-compromisso constitucional significaria, então, a impossibilidade de que determinados temas fossem objeto de alteração, ainda que esta fosse, naquele momento histórico, a vontade da maioria, concretizando-se a proteção ao Direito por meio dos mecanismos contramajoritários, tais como a jurisdição constitucional e o sistema de freios e contrapesos (Elster, 1998, p. 23-32).

Adscrevendo-se, Streck afirma que, assimilada a concepção de que a existência e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito dependem imprescindivelmente dos conteúdos formal e material consagrados no texto constitucional, afiguram-se os instrumentos contramajoritários que impedem os novos anseios populares de, a cada dia, alterar a vontade majoritária até então vigente como verdadeiros garantidores do regime democrático, devendo-se ter em mente que tais mecanismos estão sujeitos à jurisdição constitucional atuante para que surtam os efeitos pretendidos (Streck, 2007, p. 387).

No ponto, faz-se a ressalva de que, ao tratar sobre a noção de pré-compromisso constitucional como uma das respostas oferecidas pela doutrina ao questionamento sobre o motivo pelo qual o povo de determinado momento histórico não poderia rever as decisões adotadas anteriormente, Daniel Sarmento (2007, fl. 129) indica que o empreendimento de Elster

se funda em premissa que considera controversa, sobre a existência de “um grande agente político” denominado “povo”, visto que, durante o transcorrer da história, sua formatação sofre alterações. Daí que promove mudança na perspectiva da discussão até então estabelecida, indicando que o cerne do debate não se encontra na conclusão sobre ser, ou não, democrático que a soberania popular imponha limites ao próprio poder de deliberação futura, mas na compreensão sobre ser (i)legítima a adoção de decisões, por determinada geração, em certo contexto histórico, que vincularão as gerações futuras, as quais integrarão “povo” diverso daquele que assumiu o pré-compromisso constitucional.

2.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL LIMITADORA DO PODER PÚBLICO E SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A preocupação que surge em virtude das tensões que se estabelecem entre constitucionalismo e democracia fica evidenciada na teoria democrático-procedimentalista desenvolvida por John Hart Ely (1980), por meio da qual pretende retomar a força perdida pela democracia norte-americana em razão das constantes decisões sensíveis proferidas pela Suprema Corte, fundamentadas em polêmicas interpretações das cláusulas constitucionais⁶, notadamente durante a Era *Lochner*⁷ e a Corte *Warren*⁸. Ainda que a cultura estadunidense

⁶O jurista norte-americano, em sua obra *Democracy and Distrust*, sustenta sua teoria constitucional a partir da seguinte compreensão: “minha reivindicação é apenas que a Constituição original foi principalmente, na verdade eu diria esmagadoramente, dedicada a questões de processo e estrutura, e não à identificação e preservação de valores substantivos específicos” (Ely, 1980, p. 92).

⁷O Estado de Nova York aprovou legislação restringindo a jornada de trabalho dos padeiros para dez horas por dia e sessenta horas por semana, a fim de garantir proteção à saúde dos trabalhadores. Proprietário de pequeno estabelecimento comercial situado na cidade de Utic, Joseph Lochner descumpriu a aludida lei, conduta que lhe acarretou aplicação de multa no valor de US\$ 50,00 (cinquenta dólares), sanção disposta na legislação. Inconformado, impugnou a previsão legal controvertida perante a Suprema Corte norte-americana, sobreindo decisão apertada, por 5 votos a 4, no sentido de que inexistente relação direta entre a limitação da jornada de trabalho e a saúde dos padeiros que justificasse a regulação operada pelo Estado de Nova York por via legislativa, destacando-se que a liberdade de negociação assegurada a empregador e empregado para que, no âmbito da autonomia privada dos envolvidos, ajustassem a relação de emprego em questão não poderia sofrer intervenção sem que houvesse violação à Constituição. Compreendeu-se, ademais, que viável aos próprios padeiros reivindicar eventuais direitos em negociação a ser estabelecida com os respectivos empregadores, cuidando-se a medida estatal de interferência desnecessária na liberdade do indivíduo para celebrar contratos de trabalho. Dissenso no caso *Lochner v. New York* deixou um legado nos EUA. 3 de jun. de 1905. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-03/dissenso-lochner-new-york-deixou-legado-eua2#author>>. Acesso em: 12 de out. de 2023. O julgamento da demanda *Lochner v. New York*, em 1905, conferiu a determinado período da história da Suprema Corte, compreendido entre 1905 e 1937, a denominação de “Era *Lochner*”, marcada pela tendência de que fossem declaradas inconstitucionais (tal como no precedente emblemático) legislações estaduais que versavam sobre regulação econômica, notadamente quanto às condições de trabalho e à limitação da jornada (Marchiori Neto, 2014, p. 2).

⁸ Trata-se de período marcado pela adoção, no âmbito da Suprema Corte estadunidense, de orientação jurisprudencial direcionada à compreensão de que a Constituição não ostentava natureza estática, senão tratava-se de documento vivo, cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais. Durante a época intitulada Corte *Warren* (denominação que remete a Earl Warren, Ministro que exerceu a presidência do Tribunal), sob às

admitisse a *judicial review* como empreendimento digno de orgulho no contexto do inédito modelo de Estado instalado naquele país, a intensidade, em termos quantitativos e qualitativos (ou seja, de conteúdo), das revisões judiciais protagonizadas pelo Poder Judiciário conduziu parcela da doutrina ao entendimento de que o constitucionalismo havia avançado para além do aceitável no âmbito de um regime democrático, sua expansão configurando risco à própria democracia (Mello, 2004, p. 38). Não por outra razão que o autor advoga a tese de que compete aos magistrados a proteção e extensão dos direitos constitucionais que fortalecem o exercício da soberania popular, e, em última análise, a vitalidade do processo democrático, em clara referência àqueles direitos que digam respeito à participação do povo nas decisões de cunho político e governamental, manifesta a restrição que impõe ao Judiciário no sentido de que se atenha a questões de natureza procedimental. O conteúdo das decisões, no entanto, deve ser exclusividade dos Poderes eleitos, porque ostentam representação democrática. A teoria defendida por Ely pauta-se em duas premissas, democracia como valor supremo e procedimentalismo constitucional e de revisão judicial como caminho único para compatibilização entre constitucionalismo e democracia (Mello, 2004, p. 39-40).

Sobre o risco apontado por Jon Elster, de que, em determinado contexto histórico, a maioria seja conduzida por paixões momentâneas que vão de encontro às vontades do constituinte originário, Ely argumenta ter a Constituição pressuposto que a maioria não ameaçará os direitos de que goza, tampouco tratará os demais sistematicamente pior do que trata a si, amparando sua alegação nos processos de decisão que estruturam a democracia norte-americana, tais como os que asseguram a todos, de modo real ou virtualmente representados, a consideração de seus interesses (Mello, 2004, p. 39-40).

Em síntese, a balança de tensão entre constitucionalismo e democracia pesa em favor desta na concepção de John Hart Ely, para quem “em uma democracia representativa a determinação de valores deve ser feita pelos nossos representantes eleitos” (1980, p. 103), afastada do Poder Judiciário a atividade de valoração sobre o conteúdo de determinada decisão política/governamental, cuja legitimidade decorre da própria estrutura democrática dos processos de decisão. Isto é, a observância ao processo aberto e plural que disciplina a tomada de decisão em um regime democrático seria o suficiente para garantir a legitimidade da

luzes da igual dignidade do homem e de perspectiva democrático-inclusiva, a Suprema Corte prolatou decisões no bojo das quais expandidos os sentidos dos princípios constitucionais e afirmados direitos implícitos ou vagamente definidos no texto constitucional com o objetivo de promover igualdade racial, nacionalização das liberdades civis e equidade do processo democrático, passando de “redução do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário” a Tribunal “ativista e liberal”. A dimensão de interpretação criativa da Constituição protagonizada pela Corte Warren para afirmação de direitos fundamentais opostos ao Estado tornou-a referência no debate moderno sobre ativismo judicial. (Azevedo; Campos, 2016, p. 86-87).

substância do que foi decidido, não havendo a necessidade de que a justiça constitucional se ocupe de tarefa revisora sobre o valor substantivo em questão (Mello, 2004, p. 41).

O jurista alemão Jürgen Habermas⁹ (1997) inspira-se em Ely ao tratar sobre a ilegitimidade democrática do Poder Judiciário para formular juízo de valor sobre o conteúdo das leis elaboradas pelo Poder Legislativo, adotando compreensão de que à justiça constitucional é vedado o exercício de função de guardião de uma suposta ordem de valores de amparo constitucional que se sobreporia ao processo democrático e limitaria o espectro de discricionariedade dos parlamentares (Mello, 2004, p. 48). Em sua obra “Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente?”, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2001, p. 88) sustenta esta mesma posição:

a jurisdição constitucional, no exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade, deve voltar sua atuação para a garantia das condições procedimentais do exercício da autonomia por parte dos cidadãos e, com isso, garantir as condições para a realização do processo democrático, mas sem assumir a postura de um guardião da virtude, com base em fundamentos ético-culturais ou em fundamentos meramente político-pragmáticos.

Sob o viés da concepção procedimentalista, o deslocamento da atividade de controle de constitucionalidade das leis à jurisdição constitucional se mostra significativamente arriscado à fórmula democrática nos regimes constitucionais do século XXI, tendo em vista a materialização do Direito e, via de consequência, a “remoralização” da ordem jurídica, esta evidenciada na exigência de argumentação jurídica atenta a fundamentos morais e políticos por ocasião da interpretação e aplicação, pelo Poder Judiciário, dos princípios jurídicos incorporados pelas Constituições do segundo pós-guerra (Mello, 2004, p. 49).

Faz-se a ressalva de que o Direito “moralizado”, característico das democracias constitucionais em que admitido o desempenho do controle de constitucionalidade das leis, proporciona o engrandecimento da justiça constitucional e o alargamento do espaço de decisão judicial, circunstâncias que ostentariam o potencial de ocasionar o desequilíbrio institucional do Estado Democrático de Direito, cujo pêndulo permanece em constante tensão entre o constitucionalismo e a democracia (Habermas, 1997, p. 301). Não por outra razão que as teses procedimentais se posicionam contrariamente à excessiva atuação da jurisdição constitucional,

⁹Habermas rechaça qualquer compreensão que sustente a sobreposição ou submissão dos direitos humanos à soberania popular, advogando tese no sentido de que se cuidam de ideias cooriginárias no processo de constituição objetiva de uma sociedade política e pretendendo preservá-los no interior de sistema político em que existente a coordenação entre ambos no intuito de evitar a oclusão de um pelo outro. Nesta trilha, afirma que “os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as duas ideias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno” (Habermas, 1997, p. 133-138).

entendendo que a utilização exagerada dos instrumentos contramajoritários, ainda que em virtude de eventual inobservância dos valores substantivos constitucionalmente consagrados, inevitavelmente acende luz amarela indicando o perigo que representa a atividade exercida pelos tribunais constitucionais no âmbito do neconstitucionalismo (Streck, 2007, p. 388).

No entanto, ao sustentar, em nome da prevalência do princípio democrático, a limitação do papel exercido pela jurisdição constitucional, incorre o empreendimento advogado por Ely e Habermas em situação paradoxal e contraditória, uma vez que demanda dos magistrados, a fim de que seja levada a efeito, a ignorância às orientações valorativas prescritas no texto constitucional, postura que representaria a sobreposição de teoria assumida pelo Poder Judiciário (em prol da soberania popular) àquela adotada pelo constituinte originário e consagrada em Constituição escrita e rígida, situada em zona nuclear do ordenamento jurídico, conduta que igualmente apresentaria consideráveis dificuldades democráticas (Sarmiento, 2007, p. 138).

Alerta-se ao risco de que, a depender da intensidade com que se pretenda implementar determinada tese procedimentalista, poderá acarretar o enfraquecimento do constitucionalismo, subordinando-se a confirmação deste temor à identificação sobre quais os limites impostos aos processos de reforma constitucional, se puramente procedimentais ou materiais-substantivos. Isso porque eventual irrelevância que se confira às restrições do poder de reforma da Constituição viabilizaria o alcance – e, se desejo da maioria, alteração – dos valores substantivos mais caros ao constituinte originário, contexto este que tornaria o texto constitucional livre das amarras contramajoritárias e, via de consequência, nada além de dispositivo de manifestação majoritária, cujo conteúdo, observadas as limitações formais atribuídas ao processo reformista, seria alterável a cada momento histórico (Streck, 2007, p. 388).

Na evolução da advertência em comento, importa destacar a seguinte compreensão: embora se admita que, em ocasiões especiais, possa o povo expressar suas vontades através da via constitucional, tal manifestação encontrar-se-á obrigatoriamente vinculada à própria Constituição, isto é, circunstanciais alterações desejadas condicionar-se-ão aos valores substantivos já previstos no texto pelo constituinte originário, revelando-se verdadeiros obstáculos de natureza material-substantiva que asseguram a proteção social aos perigos das paixões momentâneas (Streck, 2007, p. 388).

A proposição procedimentalista, aliás, se revela incapaz de apontar quais seriam os direitos de que dependeria a democracia para o seu desenvolvimento adequado, tampouco indica o grau de limitação dos magistrados no exercício da atividade de proteção dos processos

democráticos (Mello, 2004, p. 110). Suas fragilidades são evidenciadas a partir de questionamentos elaborados por Frank Michelman, tais como a indagação acerca de quais seriam as condições prévias aptas a garantir o ambiente apropriado para a edificação de um debate democrático verdadeiramente justo e aberto (Michelman, 1997, p. 162).

No ano de 1999, Frank Michelman e Jürgen Habermas travaram debate nas dependências da Cardozo Law School, ocasião em que o primeiro, amparado em sua obra *Brennan and democracy*, recém-lançada à época (Chueiri; Godoy, 2010, p. 159-160), afirmou, sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia, que o paradoxo da democracia constitucional assume diferentes estados. Por um lado, tem-se a democracia enquanto autogoverno do povo, representada a partir das decisões dos cidadãos de determinado país sobre os valores fundamentais das normas que estruturam e dispõe acerca do funcionamento daquela comunidade política. Por outro, revela-se o constitucionalismo como mecanismo de limitação da soberania popular, isto é, das decisões dos cidadãos, com amparo na Constituição, considerada a norma fundamental da comunidade, a quem incumbe estabelecer quem pode elaborar as demais normas, a partir de quais procedimentos e, eventualmente, restringir a deliberação sobre determinado conteúdo. Ao final, Michelman ressalva que o êxito do constitucionalismo estaria vinculado à inatingibilidade da Constituição pela política majoritária, que pela norma fundamental deve ser limitada (Michelman, 1999, p. 01).

De fato, o direcionamento das expectativas democráticas à jurisdição, rechaçado por Ely e Habermas, mantém estreita relação com determinado momento histórico vivido por inúmeras sociedades contemporâneas, em que se nutriu a compreensão de que o Poder Judiciário gozaria de maior credibilidade do que as instituições majoritárias para decidir os temas mais sensíveis da comunidade, entendimento este que revela, de um lado, a prevalência da justiça constitucional, típica das democracias constitucionais que emergem no segundo pós-guerra, e, de outro, a fragilização dos demais Poderes do Estado, criando-se a sensação de que crises os assolam (Tassinari; Lima, 2013, p. 150).

No extremo oposto àquele onde se encontram as teorias procedimentalistas do direito no contexto do constitucionalismo democrático, está o intervencionismo judicial defendido por Lenio Streck em sua concepção constitucional (Mello, 2004, p. 103), edificada em três premissas, dentre as quais a desconfiança que nutre em relação ao processo democrático como um todo. Quanto a este aspecto, desenvolve crítica à teoria elaborada por Habermas, partindo da compreensão de que, embora componham parte relevante de uma democracia constitucional, os procedimentos democráticos impescindem de juízos substantivos. Ao avançar, rechaça a proposta do jurista alemão de manutenção de questões constitucionais fundamentais no campo

exclusivo da política, tendo em mente que a natureza do modelo que estrutura o Estado Democrático de Direito propõe exatamente a transferência do ambiente de garantia dos direitos fundamentais e, via de consequência, dos valores constitucionais, à justiça constitucional (Streck, 2004, p. 165-167).

Esta desconfiança se reflete na estrutura das Constituições elaboradas no segundo pós-guerra, composta por vastos catálogos de direitos fundamentais, que demandam, por sua vez, a proteção jurisdicional para sua realização (Mello, 2004, p. 104). Nessa perspectiva, Mauro Cappelletti aponta motivos que justificam a conclusão acerca da importância de que o Poder Judiciário exerça atividade de controle sobre os atos praticados pelas instituições majoritárias, sobretudo os direitos sociais dependentes da iniciativa estatal para sua consecução, que exigem dos magistrados posturas ativistas, dinâmicas e criativas no intuito de garantir que o Poder Público desenvolverá as ações necessárias à promoção dos direitos subjetivos previstos constitucionalmente (Cappelletti, 1993, p. 40-42).

Com efeito, a constatação de que as constituições formuladas no contexto histórico da segunda metade do século XX consagram um rol de direitos fundamentais e incumbem ao Poder Judiciário a competência de protegê-lo revela que o protagonismo da jurisdição constitucional passa a compor traço relevante das democracias constitucionais ocidentais e expressa um ideal de ceticismo sobre o pressuposto da “sabedoria das maiorias parlamentares” e, última análise, sobre a soberania popular, descrença esta justificada nos discursos que fomentaram o surgimento dos regimes autoritários responsáveis pelas atrocidades testemunhadas durante a Segunda Guerra Mundial (Mello, 2004, p. 104).

Tanto, contudo, não possui o condão de afastar os questionamentos sobre a legitimidade da justiça constitucional, representada na figura do Poder Judiciário, desconstituir atos normativos editados pelo Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis formuladas pelo Legislativo, ambos democraticamente eleitos, em máxima consagração à soberania popular. Como resposta às indagações, surge a compreensão de que a legitimidade da justiça constitucional está alicerçada no próprio Estado Democrático de Direito, que adota como seus dois pilares primordiais a democracia e os direitos fundamentais, os quais mantêm relação mútua de dependência e representam evidente avanço em comparação a modelo de Estado anteriormente adotados. Tem-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito justifica a legitimidade da instituição encarregada de salvaguardar os eixos centrais de sua estrutura, isto é, sua existência viabiliza o caráter legítimo da jurisdição constitucional (Streck, 2004, p. 111-114).

Pretendendo justificar o controle de constitucionalidade desenvolvido pelos tribunais

constitucionais no âmbito do neoconstitucionalismo, duas correntes doutrinárias apresentam argumentações que sustentam a adequação da função conferida às supremas cortes: **(a)** a primeira aponta que, cuidando-se a Constituição, última análise, de manifestação superior da vontade popular, elementar que prevaleça sobre a lei, resultado do trabalho desempenhado pelas maiorias parlamentares, revelando-se fundamental, nessa dinâmica, a atuação do Poder Judiciário, enquanto aplicador do Direito, para assegurar a supremacia constitucional, declarando a invalidade das previsões legais contrárias às diretrizes eleitas pelo constituinte; **(b)** a segunda apresenta argumentação mais sofisticada, visto que incursiona na questão atinente à legitimidade democrática da atribuição concedida a órgão e agentes públicos não eleitos de rechaçar ou conformar leis formuladas pelo legislador – eleito pela vontade popular –, indicando que compete ao magistrado constitucional garantir certos valores substantivos e a atenção aos procedimentos apropriados de participação e deliberação, de modo a preservar os requisitos basilares ao satisfatório funcionamento do Estado Democrático de Direito (Barroso, 2007, p. 244-245).

Enfrentando o tema sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, Mark Van Hoecke percorre trajetória semelhante ao afirmar que tanto se origina a partir da comunicação deliberativa estabelecida entre as instituições majoritárias, o Poder Judiciário e a comunidade, comunicação esta que decorre da natureza do processo judicial, que provoca “círculos comunicativos” em escala crescente de deliberação pública, iniciando-se entre o magistrado e as partes que figuram nos polos opostos do processo, evoluindo por ocasião da submissão da questão controvertida aos tribunais superiores – circunstância que promove a dedicação da doutrina especializada acerca do assunto – e alcançando, em determinadas hipóteses, a atenção da mídia e da opinião pública, podendo envolver, ainda, os Poderes Legislativo e Executivo. Conclui-se, então, que a justiça constitucional acaba por desempenhar a atividade de “fórum público” de discussão comunitária, no âmbito do qual admitidos o controle social, a crítica e o debate dos temas submetidos à apreciação do Judiciário (Van Hoecke, 2001, p. 420).

Trilhando este norte de raciocínio, Luis Roberto Barroso relembra ter sido em virtude dos valiosos serviços prestados aos dois elementos fundantes do Estado Democrático de Direito, quais sejam, constitucionalismo, compreendido como poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, e democracia, no sentido de soberania popular e governo da maioria, que se legitimou a jurisdição constitucional, incumbindo ao tribunal constitucional a responsabilidade de assegurar a harmoniosa convivência entre ambos, atribuição esta que, inevitavelmente, envolve a necessidade de conter eventuais anseios populares que inobservem

o procedimento democrático ou fragilizem direitos fundamentais minoritários. Como exemplo apto a ilustrar, modo satisfatório, a atuação da jurisdição constitucional enquanto instância garantidora do equilíbrio entre os princípios constitucional e democrático, tem-se a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança nº 24.831/10, em Sessão de Julgamento realizada em 22 de junho de 2005, quando reconhecido o direito público subjetivo das minorias legislativas de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito¹¹, concedendo-se, para tanto, autorização ao Presidente do Senador Federal para que designasse os nomes faltantes à inauguração do procedimento pretendido, tendo em vista a inércia das lideranças partidárias para apontar os representantes de suas agremiações, postura adotada no intuito de inviabilizar a concretização de direito fundamental minoritário (Barroso, 2007, p. 248).

Atinge-se, nessa conjuntura, a conclusão de que o Estado Democrático de Direito prestigia o jurídico e alça o Poder Judiciário a papel nunca antes desempenhado, assumindo o protagonismo exatamente em razão do liame estabelecido entre este modelo de Estado e a realização dos direitos fundamentais que o sustentam (juntamente à democracia). A jurisdição constitucional, por sua vez, desponta como resultado da evolução do Estado de Direito, cuidando-se de empreendimento até então inexistente, que é identificado como condição de possibilidade para superar lacunas havidas nos modelos passados e proporcionar o alcance das denominadas promessas da modernidade, tais como a igualdade, a justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais (Streck, 2004, p. 147-148).

¹⁰Nesse sentido, a manifestação do então Ministro Celso de Mello, nos autos do Mandado de Segurança nº 26.441, ao afirmar que "[...] a prerrogativa institucional de investigar — deferida às Casas do Congresso Nacional (especialmente aos grupos minoritários que nelas atuam) — não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Parlamento". Decisão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹¹Em decisão liminar proferida em 08 de abril de 2021, o Ministro Luís Roberto Barroso, Relator do Mandado de Segurança nº 37.760 – impetrado pelos Senadores Alessandro Vieira e Jorge Kajuru (ambos filiados ao Partido Cidadania) –, reafirmou a orientação jurisprudencial assentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal em 2005, determinado que o Senado Federal, na figura de seu Presidente, adotasse as providências necessárias à instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar eventuais omissões do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no Brasil e, especialmente, quanto ao agravamento da crise sanitária no Estado do Amazonas, diante da ausência de tubos de oxigênio a serem oferecidos no tratamento de pacientes internados. No bojo de sua manifestação, Barroso ressaltou que, na esteira da consolidada jurisprudência da Suprema Corte, a instauração do inquérito parlamentar depende, tão somente, do preenchimento dos três requisitos dispostos no artigo 58, § 3º, da Constituição, quais sejam: (a) requerimento de um terço dos membros das Casas Legislativas; (b) indicação de fato determinado a ser apurado; e (c) definição de prazo certo para sua duração. Observadas as exigências constitucionalmente previstas, inadmissível a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito por vontade da maioria parlamentar ou pelos órgãos diretivos das Casas. A decisão liminar foi ratificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na semana seguinte. Barroso determina instalação de CPI no Senado. 8 de abr. de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56684539>. Acesso em: 12 out. 2023; STF confirma liminar que mandou instalar CPI da Covid. 14 de abr. de 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/14/stf-confirma-liminar-que-mandou-instalar-cpi-da-covid>. Acesso em: 12 out. 2023.

Nesse panorama, soma-se, ainda, o aspecto material do qual passa a dispor a Constituição, não mais restrita ao formalismo relacionado à organização do poder político e do processo de criação das leis, mas também, carregada de valores substantivos que indicam diretrizes à sociedade que se pretende construir, representando a Constituição, na era do Estado Democrático de Direito, mecanismo de instrumentalização da ação estatal em direção aos objetivos convencionados pelo constituinte originário por ocasião da elaboração do documento (Streck, 2004, p. 148), em evidente mudança de perspectiva sobre o conteúdo e os limites da política legislativa, não vinculada materialmente pela Constituição sob o viés do positivismo jurídico, no âmbito do qual triunfavam a supremacia parlamentar e a onipotência e onisciência do legislador (Mello, 2004, p. 107).

Sobremaneira, estes objetivos convencionados são direitos fundamentais e sociais que sustentam o novo modelo de Estado e ambicionam afastar a sociedade das experiências que culminaram com a Segunda Guerra Mundial, sobressaindo a justiça constitucional como resultado do rearranjo entre os Poderes na estrutura do Estado Democrático de Direito e como consequência das políticas do *Welfare State* da redemocratização de países cujos regimes vigentes durante a primeira metade do século XX eram autoritários (Streck, 2004, p. 148). No que toca à mudança de paradigma constatada a partir do advento das democracias constitucionais, para que “uma norma seja válida, além de vigente, não basta que ela tenha sido editada de acordo com o procedimento predisposto para sua produção, senão que também é necessário que os seus conteúdos substanciais respeitem os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição” (Ferrajoli, 2001, p. 34).

Em evidente diálogo com a obra *The Least Dangerous Branch*, de Alexander Bickel (1986), e a teoria das virtudes passivas desenvolvida pelo autor norte-americano, Cappelletti (1993, p. 61-68) pretende fundamentar a transferência do protagonismo ao Poder Judiciário – consequência da consolidação da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito – notadamente a partir da compreensão de que, diversamente dos demais Poderes eleitos, subordina-se o Judiciário a determinados regramentos que o tornam naturalmente autolimitado, tais como a impossibilidade de que atue sem que inexista provocação para tanto, bem como a inafastável observância dos princípios do contraditório e da imparcialidade. O autor sustenta que estes regramentos constituem o trunfo do processo judicial em comparação àqueles de natureza eminentemente política, tendo em vista que afunilam o espectro de discricionariedade do julgador na interpretação e aplicação dos direitos, razão pela qual figuraria o Poder Judiciário, no contexto de uma democracia constitucional, como a instituição adequada à tutela efetiva dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (Mello, 2004, p. 105).

Sobre as críticas ao inevitável grau de discricionariedade do juiz por ocasião da prolação de uma decisão, amparadas, sobretudo, no caráter contramajoritário ou antidemocrático do Judiciário, Cappelletti ressalta que, aos magistrados, é imposta constitucionalmente a obrigação de fundamentação escrita das decisões proferidas, circunstância que contribui à transparência do processo perante o público, que tem acesso aos fundamentos que sustentaram a tomada de decisão, e afasta o risco de que o resultado alcançado pelo julgador decorra de predileções subjetivas (Mello, 2004, p. 105-106).

Cumprir destacar que as decisões prolatadas pelos magistrados observam condição essencial à legitimidade democrática da atuação desempenhada pela jurisdição constitucional: a racionalidade. Obrigatoriamente vinculadas à fundamentação jurídico-racional, as decisões judiciais viabilizam que, sobre elas, a comunidade promova diferentes espécies de controle, de natureza **(a)** jurídica (por meio dos recursos processuais admitidos pela legislação de regência), **(b)** social/moral e **(c)** política (através do processo legislativo e de emendas constitucionais). Denota-se, portanto – na esteira da ideia sustentada por Van Hoecke de exercício, pelo Poder Judiciário, da atividade de “fórum público” de discussão comunitária –, o constante diálogo racional estabelecido entre a comunidade e a justiça constitucional, cuja legitimidade e prevalência no âmbito das democracias constitucionais são precisamente fundamentadas por Mello (2002, p. 130):

o próprio modo de exercício das suas funções transforma o Poder Judiciário em um singular fórum democrático, na medida em que os processos judiciais são necessariamente argumentativos e, portanto, devem fazer um uso apropriado da razão pública para justificar as decisões que no seu ambiente são adotadas, ao contrário de decisões políticas tomadas, por exemplo, nas esferas parlamentares, em que a fundamentação racional não prevalece.

Capelletti indica, ainda, uma associação de elementos que reputa especialmente importante à primazia da jurisdição constitucional enquanto mecanismo de instrumentalização das ações do Poder Público no âmbito do Estado Democrático de Direito, qual seja, a combinação entre isolamento e imediatidade, aquele reflexo da contínua busca pelos valores duradouros da comunidade, que devem nortear o caminho a ser percorrido durante a prestação jurisdicional, e este imposto pela constante submissão de problemas reais e determinados à apreciação dos tribunais, conjuntura que lhes proporciona “encontrarem-se continuamente em contato direto com os problemas mais concretos e atuais da sociedade, mantendo-se ao mesmo tempo, nada obstante, suficientemente independentes e afastados das pressões e caprichos do momento” (Cappelletti, 1993, p. 104).

Percorrendo trajetória semelhante, Sarmento aponta que a independência judicial e o

ethos profissional dos magistrados, voltados à valorização da legalidade e do devido processo legal, beneficiam satisfatório desempenho da função que lhes foi atribuída, inexistindo dúvida sobre o relevante papel desempenhado pelo Poder Judiciário na tutela de direitos e valores fundamentais que, se relegados às ponderações únicas dos agentes políticos, encontrar-se-iam suscetíveis a riscos potencialmente maiores (Sarmiento, 2007, p 138).

2.5 O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ENQUANTO ATIVIDADE NECESSÁRIA À HIGIEDEZ DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL E O “FOCO DO PROBLEMA” REFERENTE À ATIVIDADE JURISDICIONAL

Com efeito, a problemática não se encontra na revisão judicial dos atos praticados pelas instituições majoritárias, mas no modo como esta revisão judicial é desempenhada pelo Judiciário, isto é, no modo como o controle de constitucionalidade é exercido (Tassinari, 2012, p. 25). Isso porque a revisão judicial de atos dos demais Poderes é função conferida aos tribunais constitucionais no âmbito das democracias constitucionais, competência esta que, todavia, não significa estímulo à assunção, pelo magistrado, de conduta intervencionista, que se distancia do controle de constitucionalidade e, via de consequência, aproxima-se da discricionariedade, esta não mantendo qualquer relação de dependência com aquele, como advertem Clarissa Tassinari e Francisco José Borges Motta (2018, p. 491): “aplicar a Constituição pode não ser (nem deve ser) uma conduta ativista”.

Corroborando a defesa da revisão judicial, o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin ressalta que, inobstante a maior parte das decisões políticas e morais deva ser atribuição do Poder Legislativo, o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é capaz de oferecer às democracias constitucionais “uma espécie superior de deliberação republicana” a respeito de determinados assuntos, por meio de modalidade de participação da comunidade e de estrutura das decisões que se revele alternativa e reforço ao processo democrático, tornando legítima a atuação da justiça constitucional na qualidade de órgão de controle dos limites dos atos parlamentares (Dworkin, 1996, p. 31).

Em consonância com a orientação de Dworkin, Robert Alexy, jurista alemão, ao constatar que as constituições modernas apresentam, como tendência, atribuir ao Judiciário o papel de guardião da ordem constitucional, defende que, considerando incumbir-se a Constituição da função de garantir direitos ao indivíduo em face do legislador, função esta para a qual estabelece a instalação de um tribunal constitucional responsável pela apreciação de

questões que envolvam os direitos constitucionalmente assegurados, autorizada está a conclusão de que a intervenção deste órgão jurisdicional – isto é, da justiça constitucional – no âmbito da legislação não configura usurpação das competências inerentes ao Poder Legislativo, senão verdadeira estruturação do Estado no sentido de instrumentalizar a garantia daqueles direitos consagrados pelo constituinte, revelando-se a concessão desta competência ao Judiciário não apenas como medida constitucionalmente permitida, mas imposta, tendo em vista, última análise, o objetivo de alcançar ao destinatário da norma constitucional os direitos nela reconhecidos (Alexy, 1997, p. 527).

A orientação advogada por Tassinari sobre onde está o foco do problema é ratificada pela leitura do modelo de democracia *em parceria* proposto por Dworkin, que se afasta da concepção clássica de democracia baseada no elemento quantitativo – governo da maioria – e consiste na compreensão de que a justificativa moral e política do regime democrático depende de os Poderes Executivo e Legislativo, em sua estrutura, composição e modo de operação, dedicarem a todos os integrantes de determinada comunidade, e não apenas à maioria, a mesma consideração e o mesmo respeito por ocasião da tomada de decisões coletivas. A determinação desta condicionante, denominada de condição democrática do governo, não apenas indica a essência da democracia, como também autoriza que as decisões coletivas adotadas pelas instituições majoritárias que não observem os requisitos de igual consideração e respeito a todos os indivíduos sejam consideradas inconstitucionais, de forma que a aceitação das decisões passa a se vincular ao tratamento dedicado à comunidade pelos Poderes eleitos durante o processo de tomada de decisões, valendo-se, para revisão dos atos do Poder Público, de um tribunal constitucional, a quem incumbe o exame, sob a lente da condição democrática definida, acerca da eventual inconstitucionalidade de determinado ato (Dworkin, 2006, p. 24-27).

O exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, portanto, não configura risco ao princípio democrático, senão sua defesa, inexistindo “relação de oposição entre democracia e direitos individuais, uma vez que estes são constitutivos daquela”, evidenciado que “preservar a Constituição é proteger a integridade desse arranjo” (Streck; Motta, 2020, p. 06).

Certamente, é no ambiente propício à judicialização da política que emerge a compreensão sobre tratar-se a jurisdição constitucional do mecanismo mais *adequado e confiável* para proferir a última palavra sobre os caminhos a serem trilhados pela comunidade, contexto este que fortalece a visão de que seria a jurisdição suprema em relação aos demais Poderes e pavimenta a estrada do ativismo judicial, este, diversamente da judicialização, *um mal a ser combatido* (Motta; Tassinari, 2018, p. 483). Esta conclusão encontra amparo na

compreensão de que a observância e a realização do texto constitucional são os requisitos à legitimação da atividade desempenhada pelo Poder Judiciário, razão pela qual, nas hipóteses em que o magistrado extrapola os limites impostos pela Constituição, permitindo que convicções e predileções pessoais norteiem suas decisões, estar-se-á diante de atuação ativista e, portanto, contrária à norma constitucional. Se preservar a Constituição é proteger, última análise, o Estado Democrático de Direito, postura que extrapola os limites constitucionais deve ser considerada um mal a ser combatido (Motta; Tassinari, 2018, p. 491-492).

Acontece que a ideia de supremacia judicial é nociva ao caráter democrático do modelo de Estado vigente e, ao menos na experiência brasileira, instala-se a partir de prática adotada pelos Poderes representativos, que delegam atribuições ao Poder Judiciário por motivos relacionados a estratégias políticas, no intuito de evitar mal-estar com seus eleitores ou opositores, transferindo aos magistrados a atribuição que precipuamente lhes compete – aqui recordando os ensinamentos de Canotilho –, sobre a tomada de decisões que envolvem significativa divergência social. E, se por um lado as instituições majoritárias, em virtude de conveniências políticas, deslocam competências à esfera de atuação da jurisdição constitucional, por outro, tem-se um Judiciário que se sente à vontade com a posição que lhe é conferida, posição esta que é reforçada pelo imaginário de que se cuida, a jurisdição constitucional, do instrumento mais *adequado e confiável* para solução das controvérsias sociais (Motta; Tassinari, 2018, p. 493-494).

A percepção acerca do contexto no qual emerge a supremacia judicial é confirmada pelo provocativo questionamento elaborado por Keith Whittington: “Por que os políticos têm estado tão ansiosos para ungir os juízes como intérpretes finais da Constituição, um manto que o poder judiciário tem aceitado com muita felicidade?”. (Whittington, 2007). Sobre esta indagação, Motta e Tassinari referem que a resposta remete, necessariamente, à ideia de limitação do poder, tema que provoca novas perguntas, tais como quais seriam os limites ou o que seria uma resposta adequada à Constituição e, assim compreendida, *não ativista* (Motta; Tassinari, 2018, p. 494). Retomando o célebre precedente *Marbury v. Madison*¹², Marshall estabeleceu que a

¹² Cumpre registrar que o primeiro precedente de exercício de controle de constitucionalidade das leis data de 1803, época bem anterior ao surgimento do Estado Democrático de Direito, portanto. Sobre o contexto que culminou com o enfrentamento do caso que ficou conhecido como *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, cabe ressaltar que, em seu último dia de governo, o então Presidente norte-americano, John Adams, assinou os atos de investidura de 42 (quarenta e dois) juízes de paz e encarregou seu Secretário de Estado, John Marshall – também indicado por Adams para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte –, de entregar as denominadas *comissions* aos futuros juízes de paz. No entanto, em razão do exíguo tempo à conclusão da tarefa que lhe incumbia, Marshall não entregou os atos de investidura a todos os nomeados, dentre os quais estava William Marbury. No dia seguinte, Thomas Jefferson tomou posse como novo Presidente dos Estados Unidos e determinou ao Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os atos de posse àqueles que não os haviam recebido, motivo pelo qual Marbury ajuizou ação perante a Suprema Corte – que

instituição da revisão judicial consagra a eficácia jurídica e política do princípio da supremacia da Constituição, que mantém, no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas, estreita relação com o controle judicial. Entretanto, com a afirmação do controle de constitucionalidade das leis surge a compreensão sobre a necessidade de determinação de premissas e técnicas de autolimitação do exercício da *judicial review* (Mello, 2004, p. 204-205), revelada, na esteira do que afirmam Motta e Tassinari, a vinculação existente entre o combate do ativismo judicial e o estabelecimento de limites ao desempenho das funções que o Estado Democrático de Direito designou ao Poder Judiciário.

Debruçando seu estudo sobre a experiência americana, Dworkin alerta ao fato de que a proteção dos cidadãos individuais e dos grupos minoritários em face das decisões da maioria é a razão pela qual foi concebida a Constituição, encontrando-se os direitos destas duas categorias – cidadãos individuais e grupos minoritários – de destinatários do texto constitucional tutelados através de cláusulas com conteúdo aberto, que demandam, portanto, de operação interpretativa ou de construção no intuito de que as lacunas sejam supridas. E quanto à competência para desempenho da atividade de interpretação, dúvida inexistente, desde *Marbury v. Madison*, de que incumbe ao Poder Judiciário o exercício desta tarefa. Entretanto, no tocante à construção das normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais e apresentam cláusulas vagas, duas correntes reivindicam a adoção de seus métodos, opostos entre si, pelos tribunais constitucionais, sustentando cada qual ser a sua “proposta de conduta” a mais adequada ao melhor desenvolvimento da incumbência. De um lado, tem-se o já mencionado ativismo judicial, cujos defensores advogam a tese de que é atribuição dos magistrados definir o significado das normas com conteúdo aberto, acomodando-as no contexto das mudanças sociais

ostentava competência originária ao processamento e julgamento de demandas desta natureza por força de lei intitulada *the Judiciary Act*, datada de 1789 –, para ver reconhecido o direito à posse no cargo para o qual foi nomeado. Por ocasião do desenvolvimento de seu voto, Marshall, agora no cargo de Presidente da Suprema Corte, desenvolveu fundamentação que perpassou três etapas: inicialmente, reconheceu (1) do direito de Marbury à posse e (2) da existência de um remédio jurídico para salvaguardar este direito; após, (3) apreciou se a via eleita, que consistia em uma ordem à prática de determinado ato, era adequada e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia concedê-la, impondo ao Chefe do Poder Executivo a realização daquele ato a partir do reconhecimento do direito discutido. Previamente ao exame do caso submetido à sua apreciação, Marshall estabeleceu que, à exceção dos atos de natureza política e daqueles aos quais atribuída, pela Constituição ou por lei, exclusiva discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, poderia o Judiciário ordenar o cumprimento de determinado ato, isto é, consolidando a possibilidade de exercício do controle jurisdicional sobre a constitucionalidade e legalidade dos atos do Executivo. Feita esta consideração, Marshall declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Judiciária de 1789 que criava hipótese de competência originária da Suprema Corte para além daquelas previstas na Constituição, exatamente a hipótese que sustentava a submissão da demanda proposta por Marbury à Suprema Corte, sob o argumento de que ao *Judiciary Act*, lei ordinária, não estava autorizada a outorga de competência ao tribunal. Inaugurou-se, a partir deste precedente, a compreensão de que a Suprema Corte poderia deixar de aplicar uma lei inconstitucional, amparada a construção de Marshall em três premissas fundamentais: (1) supremacia da Constituição, reconhecimento (2) de nulidade das leis que contrariem a Constituição e (3) de que a interpretação final do texto constitucional compete ao Judiciário (Barroso, 2009, p. 03-08).

ocorridas no transcorrer dos tempos. Por outro, orienta-se a corrente da autocontenção judicial no sentido de que o Judiciário deve declinar esta atividade, viabilizando que o conceito das cláusulas constitucionais vagas seja definido pelas instituições majoritárias, notadamente em virtude de sua origem popular e legitimidade democrática (Dworkin, 1977, p. 132-138).

No ponto, oportuno relembrar a posição desconfortável externalizada por Canotilho quando trata sobre o papel exercido pela jurisdição constitucional na realização das normas consagradas na Constituição, ao afirmar que, no âmbito das constituições dirigentes, ainda que se admita uma função relevante a ser desempenhada pelo Judiciário, não há como rechaçar a compreensão de que a expansão das atividades a serem desenvolvidas pelos magistrados no contexto dos Estados Democráticos de Direito carece de legitimidade democrática e expõe problemas estruturais e funcionais das democracias constitucionais (Canotilho, 1994, p. 349).

Ao examinar a construção do argumento supramencionado, Mello identifica ambiguidade que torna complexa a tarefa de absorver o posicionamento do autor português acerca da posição ocupada pela jurisdição constitucional nos regimes democráticos, propondo, então concepção constitucional que dialoga em parte com a manifestação de Canotilho, especificamente quando aponta a veia democrática do constitucionalismo dirigente, mas que se afasta no momento em que reputa necessário o exercício, pelo Judiciário, de função mais abrangente e definida. Isso porque, na esteira do recorte sobre a função relevante a ser desempenhada pela jurisdição constitucional – admitida por Canotilho –, considera ser a partir de um Poder Judiciário atuante e fiscalizador, capaz de promover efetiva vigilância jurídica sobre o processo político de realização do texto constitucional, que se viabilizará o alcance dos direitos fundamentais elencados (Mello, 2004, p. 185).

Percebe-se que o autor gaúcho indica um caminho de equilíbrio ao referir que, na perspectiva das democracias constitucionais, não se admite confiança incondicional na democracia deliberativa, contra o que se revela como antídoto a jurisdição constitucional, tampouco descrença absoluta na política, que – norteada por texto constitucional que determinará os limites e o rumo do processo político, cuja fiscalização se dará através da atuação do Judiciário –, encontrará o ambiente adequado ao saudável exercício da soberania popular, isto é, ambiente no qual o regime jurídico-político afasta do espectro de disponibilidade das instituições majoritárias conteúdos taxados como essenciais à preservação da dignidade humana e da justiça política daquela comunidade. Como se nota, ampara-se o arranjo proposto na visão de que os direitos fundamentais previstos constitucionalmente são compostos por bens e valores que orientam, predeterminam e limitam o campo de decisão da democracia deliberativa, orientação, predeterminação e limitação estas que, na ausência de instância à qual

facultada a submissão de eventuais inobservâncias às diretrizes constitucionais, restariam inoperantes (Mello, 2004, p. 185-186). E esta instância é a justiça constitucional, em relação à qual surge o questionamento sobre o grau de atuação e fiscalização necessários à promoção da efetiva vigilância jurídica sobre o processo político de realização do texto constitucional.

2.6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIABILIDADE DE HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO

Enquanto Ely enxergava a supremacia do princípio democrático e o procedimentalismo constitucional e de revisão judicial como caminhos únicos à compatibilização entre constitucionalismo e democracia, Capeletti ressalva que a democracia não pode ser compreendida tão somente a partir de uma análise quantitativa, isto é, relacionada à maioria, devendo atentar igualmente à participação, tolerância e liberdade, valores a serem assegurados pelo Poder Judiciário, com o que se reforça o princípio democrático, a manutenção do equilíbrio entre constitucionalismo e democracia dependendo não do procedimentalismo proposto pelo autor norte-americano – uma vez que evidenciada a necessidade de controle judicial das leis e atos oriundos do Poder Público –, mas do maior ou menor nível de discricionariedade admitido aos magistrados no exercício da jurisdição constitucional, isto é, da abrangência da margem de apreciação que lhes é garantida durante a prestação jurisdicional, encontrando-se a estabilidade do pêndulo de tensão vinculada ao grau de limitação da atividade jurídica desenvolvida (Mello, 2004, p. 106).

Por sua vez, Ronald Dworkin, também no intuito de conciliar constitucionalismo e democracia, sustenta que as democracias constitucionais melhor funcionam quando conferem à jurisdição constitucional a competência para deliberar sobre “questões especiais” quando estas são submetidas à sua apreciação, “ao menos em ocasiões especiais”, evidenciada a defesa da legitimidade democrática da revisão judicial e da leitura moral da Constituição sem que tanto represente limitação aos órgãos e processos democráticos, propondo, em última análise, dinâmica na qual os Poderes eleitos mantêm seus espaços de deliberação e atuação, em homenagem à soberania popular, autorizando, em determinadas situações – cujas particularidades não são devidamente esclarecidas pelo autor –, que o Poder Judiciário decida sobre assuntos específicos (Mello, 2004, p. 109).

Perceba-se o cuidado de não promover, a partir desta sugestão, um movimento de supremacia da jurisdição constitucional sobre os elementos democráticos, notadamente o exercício da política e as deliberações legislativas típicas de um regime democrático. O que se

pretende é encontrar o equilíbrio entre os princípios em tensão, com base nos critérios “questões e ocasiões especiais”, os quais determinariam o momentâneo e pontual deslocamento ao Judiciário de decisões que, quando sobre “questões não especiais” ou em “ocasiões não especiais”, competiria às instituições majoritárias. Deste modo, evitar-se-ia o abatimento dos Poderes eleitos e, via de consequência, o surgimento do que poderia se transformar no monopólio judicial da interpretação e aplicação das normas constitucionais, de significado fluido e aberto a discussões morais, contexto que tornaria a experiência democrática resultante da criação do legislador mais ou menos influente na sociedade a depender da margem de discricionariedade de cada magistrado, com o que o pêndulo de tensão se envergaria demasiadamente ao constitucionalismo (Mello, 2004, p. 112).

Em verdade, importa estabelecer a fronteira entre matérias de natureza constitucional e aquelas a serem submetidas ao processo político majoritário, devendo-se ter em mente que, se por determinada perspectiva, o constituinte outorgou ao administrador e ao legislador a competência para decidir sobre a destinação de recursos ao alcance das políticas públicas compreendidas, em certo momento histórico, como mais adequadas, por outra, a proteção de direitos fundamentais é responsabilidade da Constituição, que aponta medidas idôneas às suas consecuições. Necessária, nesse contexto, a adoção de critérios objetivos de controle das políticas públicas para fins de garantir a supremacia da Constituição e, igualmente, evitar a hegemonia judicial (Barroso, 2007, p. 245).

Tratando-se o debate sobre as tensões havidas entre constitucionalismo e democracia, oportuno o alerta de Ana Paula Barcellos (2005, p. 92), no sentido de ser indesejável, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a invasão constitucional do espaço conferido à política, transferindo-se decisões que competem à sociedade e seus representantes eleitos aos operadores do Direito. Lado outro, observa que, composta a Constituição por normas jurídicas que estabelecem fins públicos prioritários, disposições estas, porque constitucionais, dotadas de superioridade hierárquica e posicionadas no centro do ordenamento jurídico, não há razão que fundamente a absoluta desvinculação do controle judicial da atividade desempenhada pelo administrador e legislador de definição das políticas públicas, identificando-se a compatibilização em caminho no qual o político não é absorvido, mas limitado pelo jurídico.

É que, caso ocupasse, ou ambicionasse ocupar, a integralidade dos espaços jurídicos existentes dentro do Estado, a Constituição acabaria por sufocar o exercício democrático dos povos. Há que se ter em mente a noção de que a disputa política eventualmente travada entre distintos posicionamentos, alternativos e plausíveis, acerca do modo entendido como mais adequado à realização concreta de determinado princípio constitucional é circunstância natural

e pertencente ao pluralismo democrático, manifesta a liberdade de conformação do legislador para adotar medidas que, em sua compreensão, revelem-se mais associadas às pretensões de seu eleitorado, desde que observadas as diretrizes constitucionais e o espaço de sentido possível de cada princípio constitucional, dentro do qual pode transitar livremente o representante popular. Sobre a limitação jurídica indicada por Ana Paula Barcellos, não se pode entendê-la como margem à superação da vontade majoritária por meio de interpretação jurídica carente de amparo constitucional, sob pena de verdadeira usurpação não apenas do papel atribuído ao legislador, mas também daquele desempenhado pelo próprio constituinte, que não pretendeu indevida invasão em espaço no qual deva prevalecer o anseio popular (Barroso, 2005, p. 314-315).

Atento à advertência de Gustavo Zagrebelsky (1999, p. 60), para quem “apresentar os direitos individuais como fundamento absoluto da vida coletiva pareceria, certamente, como excessiva desvalorização da lei e uma hipertrofia da jurisdição, em detrimento da liberdade e da espontaneidade da via propriamente política e dos direitos que são função dela”, Cláudio Ari Mello (2004, p. 112) constata a urgência de se alcançar uma composição equilibrada entre constitucionalismo e democracia, levando em consideração, na árdua tentativa de conciliá-los, a compreensão de que o Poder Judiciário surge, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, como assegurador da necessária e dúctil relação estabelecida entre lei, direitos e justiça, não se podendo, todavia, incorrer no equívoco de concluir, a partir desta compreensão, de que seriam os magistrados os “senhores do Direito”, o que seria absolutamente incompatível com uma democracia constitucional, notadamente tendo em vista que se trata a ciência jurídica de objeto de cuidado de todos, e não de propriedade de poucos (Zagrebelsky, 1999, p. 153).

É nesse contexto que o autor gaúcho apresenta como ambiente sustentável à harmonização dos princípios em questão – o que não significa a eliminação das tensões entre eles existentes, mas a coexistência sem que o pêndulo envergue demasiadamente para um dos polos – aquele em que três premissas são implementadas: **(a – elemento democrático)** a promoção pelas instituições, norteadas pelos processos democráticos de discussão e decisão, de debate público aberto, amplo e irrestrito, ao qual a comunidade tenha acesso e no âmbito do qual seus interesses sejam efetivamente considerados; **(b – elemento moral substantivo)** a determinação sobre a indisponibilidade de valores substantivos específicos, institucionalizados pelas normas constitucionais a partir do princípio democrático, inviabilizando-se que o debate público sobre eles delibere, em razão da compreensão de que cuidam de bens e interesses essenciais à dignidade humana, pelo que necessária sua proteção diante dos riscos decorrentes das “paixões momentâneas”; e **(c – elemento judicial)** a reserva, à jurisdição constitucional, da

prerrogativa de intervir na interpretação e aplicação conferidas pelas instituições majoritárias às normas constitucionais, dando-lhes interpretação e aplicação diversas nas hipóteses em que identificada incompatibilidade entre os atos promovidos pelos Poderes eleitos e o sentido e a finalidade da Constituição, a fim de evitar a violação de bens e interesses essenciais à dignidade humana (Mello, 2004, p. 112-113).

Neste contexto, a partir das alterações estruturais promovidas pelo neoconstitucionalismo no modelo de Estado que passa a vigorar, o Democrático de Direito, tem-se a transferência da primazia parlamentar à judicial, com o que se confere ao Poder Judiciário a competência última para interpretar as normas previstas na Constituição, deslocamento este que vai ao encontro do terceiro requisito sustentado por Mello, denominado de elemento judicial. Ocorre que a coexistência entre, **(a)** de um lado, regime democrático e órgãos e procedimentos de representação e exercício da soberania popular, e, **(b)** de outro, amplo e generoso rol de direitos fundamentais normativamente vinculantes ao parlamento e jurisdição constitucional a quem reservada a prerrogativa de intervir na interpretação e aplicação conferidas pelos Poderes Executivo e Legislativo às normas constitucionais, dando-lhes interpretação e aplicação diversas em determinadas situações, tende a promover conflitos de definição dos limites entre as competências legislativa e judicial (Mello, 2004, p. 175).

Isso porque o advento do novo direito constitucional apresenta-se como marco simbólico de rompimento com regimes autoritários e efetiva transição da vida política de determinado Estado, contexto denominado por Bruce Ackerman como “novo começo”, que encoraja, modo evidente, a adoção, pelo tribunal constitucional, de posturas enérgicas no intuito de demonstrar a envergadura dos compromissos constitucionais assumidos e a impossibilidade de que sejam rechaçados pelo administrador e legislador como se promessas banais fossem. Nesse panorama, exige-se do Poder Judiciário posições contundentes no sentido de afirmar princípios constitucionais, revelando-se, a partir destas, a seriedade com que deve ser encarado o “novo começo” amparado na constitucionalização do Direito. Em lado outro, o jurista norte-americano ressalva a importância de que, em situações especiais¹³, reconheçam os magistrados a “virtude da prudência”, sob pena de “suicídio institucional” decorrente da eventual pretensão

¹³Lembre-se, aqui, da proposição de Dworkin (1996) quando sustenta o melhor funcionamento das democracias constitucionais quando conferem aos tribunais constitucionais a competência para deliberar sobre “questões especiais”, “ao menos em ocasiões especiais”, evidenciada a defesa da legitimidade democrática da revisão judicial e da leitura moral da Constituição sem que tanto represente limitação aos órgãos e processos democráticos. A orientação de Ackerman no sentido da necessária atenção da jurisdição constitucional às situações especiais parece caminhar em direção que pretende, modo concreto, consolidar a legitimidade democrática da *judicial review* sem usurpação das competências próprias dos demais Poderes. Merece destaque, ademais, que a ressalva de Ackerman dialoga com a deferência judicial trabalhada por Cláudio Ari Mello (2004).

judicial de solucionar todo e qualquer conflito institucional por meio da aplicação indistinta de princípios constitucionais (Ackerman, 2007, p. 109-110).

Em razão da tendência de instauração de conflitos decorrentes da organização estrutural das democracias constitucionais ocidentais, propõe-se a adoção, pelo Poder Judiciário, de condutas que desestimulem a tensão naturalmente existente entre os princípios constitucional e democrático, quais sejam, deferência judicial às decisões dos órgãos de direção política do Estado e garantia e fortalecimento judicial do regime democrático. No intuito de afastar alegações de usurpação de competências próprias dos Poderes eleitos pela jurisdição constitucional, surge a relevante ressalva de que, ainda que determinado tribunal constitucional assumira postura ativista – em sentido oposto, portanto, à doutrina da autorrestrição judicial –, é inadmissível que ocupe, ou pretenda ocupar, o espaço atribuído às instituições majoritárias na administração dos recursos e dos programas governamentais direcionados à satisfação dos direitos sociais (Mello, 2004, p. 178-180).

Nesta perspectiva, a deferência judicial surge como instrumento típico de autorrestrição no exercício da competência judicial destinada ao tribunal constitucional, de modo a evitar o potencial sufocamento da atividade política e, última análise, a transferência da competência legislativa de condução política do Estado ao Judiciário, situação que representaria o enfraquecimento da democracia diante do crescimento demasiado da jurisdição constitucional e iria de encontro à outra conduta proposta, de garantir o fortalecimento do regime democrático através da via judicial, isto é, por meio da interpretação e aplicação da Constituição como caminho de ampliação da democracia deliberativa (Mello, 2004, p. 180-181).

Não por outra razão que Zagrebelsky alerta que o caráter aberto de uma constituição democrática não confere à justiça constitucional a direção das regras da competição política, mas apenas sua determinação e defesa, uma vez que o Poder Judiciário “não deve prejudicar a liberdade do processo político e a mais ampla participação nele”, senão fortalecê-lo (Zagrebelsky, 1998, p. 54), ao passo que ao Legislativo compete, precipuamente, a atividade de realização do âmbito normativo da Constituição, encontrando-se materialmente condicionado ao seu conteúdo, isto é, aos valores substantivos constitucionalmente consagrados, os quais, inobstante limitem o parlamentar, devem por ele ser atualizados e concretizados (Canotilho, 2001, p. 62-63), concluindo-se que a Constituição dirigente não substitui a política, mas torna-se sua premissa material (Canotilho, 2001, p. 463).

Os direitos previstos pelo constituinte expressam, em verdade, os valores morais eleitos pela soberania popular. Ocorre que a ausência de solidez normativa impõe a necessidade de determinação e delimitação de seus conteúdos, no intuito de lhes assegurar a eficácia jurídica

pretendida, atividade esta (de determinação e delimitação) que, em virtude das diferentes concepções morais existentes dentro de uma comunidade política sobre os valores que preenchem os direitos fundamentais, ao ser atribuída ao Poder Legislativo em detrimento do Judiciário, tende a ver satisfeita a intenção de que o pluralismo moral e o desacordo razoável entre as diversas posições individuais sejam realmente considerados no processo de definição do teor normativo dos direitos em debate. Em suma, tem-se que, no contexto das democracias constitucionais, a determinação e delimitação do conteúdo se sujeita ao pluralismo e às circunstâncias políticas, razão pela qual o reconhecimento da legislação enquanto método que carrega maior idoneidade à tomada de decisões acerca do conteúdo dos direitos constitucionalmente consagrados configura robusta defesa do equilíbrio entre os princípios constitucional e democrático, a deferência judicial às opções legislativas representando à concordância sobre cuidar-se o parlamento da instituição que melhor atende às aspirações democráticas, notadamente no sentido da maior participação possível da comunidade política nas decisões que definem o teor dos direitos dos quais são os destinatários (Mello, 2004, p. 156).

No entanto, ainda que se revele a deferência judicial, no contexto supracitado, elemento essencial à legitimidade política do Estado Democrático de Direito, tanto não significa a aproximação da democracia constitucional com o positivismo jurídico e seu minimalismo constitucional, devendo-se ter em mente que a preferência pelo desempenho da atividade de determinação e delimitação dos direitos fundamentais pelo Poder Legislativo não lhe garante liberdade incondicional e ilimitada na definição do teor normativo, o pluralismo moral e as circunstâncias políticas não possuindo o condão de entregar o conteúdo dos direitos constitucionais à onipotente discricionariedade dos parlamentares. Nesse sentido, constata-se o afastamento do constitucionalismo contemporâneo da visão procedimental e macroestrutural típica do positivismo jurídico e sua aproximação da vinculação material do Direito por meio dos direitos fundamentais (Mello, 2004, p. 158-159).

Tornando à proposição elaborada por Dworkin no sentido de atribuir à jurisdição constitucional a competência para deliberar sobre “questões especiais” quando estas são submetidas à sua apreciação, “ao menos em ocasiões especiais”, importante notar que tanto não consiste no deslocamento absoluto do poder de concretização dos direitos fundamentais ao Judiciário. Como anteriormente apontado, a tese advogada pelo jusfilósofo estadunidense almeja conciliar constitucionalismo e democracia, objetivo que, por certo, não seria alcançado caso fossem retiradas do Poder Legislativo competências que lhes são típicas, uma vez que configuraria grave ofensa ao princípio da soberania popular. Com efeito, a formulação

dworkiniana parece apontar para o meio do caminho, no intuito de oferecer resposta equilibrada às tensões existentes entre os princípios em conflito, sobretudo quando reconhece que os parlamentares também desempenham a função de garantes constitucionais e ressalta que a legitimidade conferida ao tribunal constitucional para declarar eventual inconstitucionalidade das leis não significa rechaçar a atribuição dos legisladores de exame de constitucionalidade das leis propostas no âmbito legislativo, recusando a aprovação daquelas que não observem as diretrizes indicadas pelo constituinte, tampouco assegura ao Poder Judiciário o poder de realização de todos os direitos consagrados no texto constitucional (Dworkin, 1996, p. 33-34).

Por outro lado, novamente dialogando com as expressões “questões e ocasiões especiais”, Dworkin indica, em verdade, que assuntos específicos versando sobre o conteúdo, os limites e a eficácia dos direitos fundamentais não se encontrariam no espaço de disponibilidade da política legislativa, merecendo, por sua especialidade, a proteção pela jurisdição constitucional, de caráter contramajoritário e encarregada pela salvaguarda das normas constitucionais (Mello, 2004, p. 160).

Verifica-se, portanto, não apenas a compatibilidade, mas a verdadeira dependência existente entre as democracias constitucionais – originadas a partir do advento do Estado Democrático de Direito – e o exercício da jurisdição constitucional, a quem compete lhes conferir legitimidade e eficiência, notadamente em virtude da estrutura sob a qual construídos os regimes democráticos do segundo pós-guerra, marcada pela centralização da ordem constitucional em catálogo de direitos fundamentais e pela criação de tribunais constitucionais responsáveis pela garantia da eficácia jurídica e social do sistema, evidenciado, neste contexto, o deslocamento de valores morais do espectro político ao jurídico, circunstância que ratifica a compreensão sobre a posição de garante dos conteúdos constitucionais ocupada pelo Judiciário (Mello, 2004, p. 182-183).

3 ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO PROTAGONISMO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: TRAJETÓRIA PERCORRIDA DE SUA CRIAÇÃO À “SUPREMOCRACIA”

3.1 RESGATE DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: INOVAÇÕES E ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO PODER JUDICIÁRIO PELAS DIFERENTES ORDENS CONSTITUCIONAIS VIGENTES DESDE 1824 ATÉ A QUEDA DO REGIME MILITAR EM 1987

3.1.1 Constituição de 1824

O constitucionalismo no Brasil nasce com a entrada em vigor da Constituição do Império, em 25 de março de 1824, em contexto significativamente acidentado, envolvendo **(a)** a eleição de uma Assembleia Constituinte e sua posterior dissolução pelo então imperador, D. Pedro I – que assumiu o compromisso de defender a futura Constituição, condicionando-o, no entanto, ao conteúdo do documento¹⁴ –, **(b)** a criação de comissão, integrada por indivíduos indicados exclusivamente pelo imperador, à qual delegada a função precipuamente conferida à Constituinte dissolvida, cujos trabalhos desenvolvidos não o agradaram, e **(c)** a frustrada tentativa de conferir ares democráticos ao processo de elaboração da Carta por meio da submissão do projeto formulado pela aludida comissão à análise das câmaras municipais¹⁵, a fim de que encaminhassem sugestões, sobrevivendo pontuais respostas, em sua maioria no sentido de que fosse o texto confirmado como a nova Constituição brasileira, manifestações estas previamente aguardadas por D. Pedro I, sabedor que era da incapacidade intelectual dos

¹⁴Inspirado no preâmbulo da Constituição Francesa de 1814, outorgada pelo Rei Luís XVIII, D. Pedro I vinculou o compromisso de defesa da futura Constituição Brasileira, que entraria em vigor em 1824, à conclusão, a partir de sua exclusiva análise, sobre tratar-se de documento digno “do Brasil e de mim” (FAORO, 2001, p. 335).

¹⁵Cumprir registrar que, inobstante o posicionamento sustentado por Afonso Arinos de Mello Franco (1981, p. 119) no sentido de que a aprovação pela Câmara dos Deputados, em 1834, de Ato Adicional à Constituição brasileira de 1824 afastou sua natureza de documento outorgado, significativa parcela da doutrina orienta-se em sentido contrário, a exemplo de Francisco Iglesias (1993, P. 138), para quem a remessa do projeto elaborado pela comissão nomeada por D. Pedro I às câmaras municipais no intuito de que encaminhassem “sugestões” ao texto não passou de inteligente estratégia adotada com o único objetivo de emprestar tintas menos autoritárias ao processo de elaboração do documento – já marcado pela anterior dissolução de Assembleia Constituinte –, visto que ciente estava o governo sobre a remota probabilidade de que fossem propostas alterações relevantes, notadamente em virtude da complexidade da matéria em debate. Referendam este segundo posicionamento Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2014, p. 101), indicando a inexistência de deliberação legislativa sobre a integralidade do teor da Carta, bem como a insuficiência de posterior aprovação de alteração do texto à atribuição de legitimidade ao seu conteúdo originário.

parlamentares da época, em sua maioria, de propor alterações ao documento, tendo em vista a complexidade da matéria, com a qual não possuíam nenhuma familiaridade (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 98-101).

No que diz respeito à Carta de 1824, apresenta ideologia que equaciona determinadas características próprias do liberalismo conservador com outras do semiabsolutismo, em relação às primeiras, aproximando o documento do *standard* triunfante, à época, no constitucionalismo europeu, ao passo que, quanto às últimas, encontrava sua principal manifestação no denominado Poder Moderador¹⁶, alçado ao *status* de “quarto poder”, para além dos tradicionais Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A este último, assegurou-se, por força de expressa previsão constitucional, independência, bem como estabeleceu-se a instalação (que se concretizou em 1829) de órgão de cúpula denominado Supremo Tribunal de Justiça, composto por dezessete ministros e ao qual atribuída competência constitucional limitada ao julgamento de certos recursos, conflitos de jurisdição e ações penais instauradas contra autoridades específicas, ausente implementação de instrumento de controle judicial de constitucionalidade das leis, havendo opção de conferir ao Poder Legislativo o dever de guardar a Constituição. E a despeito da anunciada independência, gozava o imperador, em virtude de prerrogativa preconizada pelo Poder Moderador, da possibilidade de interferir na esfera de atuação dos demais Poderes, sendo-lhe autorizada a suspensão de magistrados em razão de queixas que contra estes fossem formuladas, identificando-se na doutrina, a exemplo de Christian Lynch (2005), autores que apontam o Poder Moderador enquanto ferramenta antecedente do controle de constitucionalidade das leis (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 101-103).

Cumprе salientar que integravam o rol de previsões constitucionais que não desfrutava de verdadeira efetividade, para além da independência do Poder Judiciário, robusto catálogo de direitos individuais, revelando-se o abismo existente entre as disposições consagradas no texto constitucional – não apenas na Carta de 1824, mas igualmente nos documentos que se sucederiam – e a realidade enfrentada pela sociedade brasileira como característica especialmente própria (e lamentável) do constitucionalismo que se desenvolveu, desde então, no Brasil (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 104-108).

3.1.2 Constituição de 1891 e Governo Provisório

¹⁶Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos (Brasil, 1824).

Superada a monarquia – cujo enfraquecimento percebeu-se desde o princípio da década de 1870 em decorrência de questões de cunho religioso e militar, bem como da emancipação dos escravos sem que aos então proprietários fosse assegurada indenização pelo governo imperial – e proclamada a República no mês de novembro de 1889, sobreveio, após deliberações da comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto e da revisão promovida por Ruy Barbosa, a denominada Constituição Provisória, significativamente inspirada no documento norte-americano e que vigoraria durante a execução dos trabalhos a serem desenvolvidos pela Assembleia Constituinte, merecendo destaque a importação do modelo de federalismo dual¹⁷, do presidencialismo e do controle de constitucionalidade das leis, todos mantidos no texto constitucional definitivo por ocasião da promulgação da Carta de 1891, assim como a criação do Supremo Tribunal Federal. Especificamente quanto ao Poder Judiciário, estabeleceram-se Justiças nas esferas federal e estadual, figurando no vértice de sua estrutura hierárquica a referida Corte Suprema – integrada por quinze cidadãos de notável saber e ilibada reputação¹⁸, indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado Federal –, e atribuiu-se, a todos os magistrados e tribunais, a competência para preliminar exame da constitucionalidade da legislação e sua posterior aplicação, ou eventual rejeição, a partir da conclusão alcançada sobre a compatibilidade de determinada previsão legal com o texto constitucional, adotando-se, portanto, o modelo estadunidense de controle de constitucionalidade difuso e concreto (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 108-112).

Notabiliza-se, ademais, no âmbito das inovações promovidas pela Constituição de 1891, a constitucionalização do *habeas corpus*, vinculado às situações em que o indivíduo estivesse sofrendo ou na iminência de experimentar violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, inexistindo limitação, por força de disposição constitucional, à impetração da medida em comento à salvaguarda da liberdade de locomoção, razão pela qual se identificou margem ao

¹⁷ Em sua origem, a concepção de federação se baseou em um modelo dualista ou dual, no âmbito do qual prevalecia rígida repartição das competências delegadas à União e as reservadas aos Estados, cuidando-se de exemplo clássico de tal modalidade de federalismo a experiência norte-americana até a segunda década do século XX, surgindo, após a implantação da política do *New Deal* pelo então Presidente Franklin Roosevelt, o federalismo cooperativo, caracterizado por uma maior intervenção da União no domínio econômico, a fim de garantir o modelo do Estado de bem-estar social, a partir de uma livre cooperação da União com as entidades federadas (RIBEIRO, 2018, p. 342).

¹⁸ Neste particular, importa salientar que a inexistência de obrigatoriedade quanto à formação em Direito dos cidadãos a serem indicados pelo Presidente para ocupar determinada cadeira no Supremo Tribunal Federal motivou a escolha, durante o governo de Floriano Peixoto, de indivíduos que não preenchiam tal requisito, no evidente intuito do então Presidente de desonrar a Corte, ambição esta que não logrou alcançar, uma vez que o Senado Federal não aprovou ditas nomeações (Costa, 2006, p. 32).

desenvolvimento da intitulada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”¹⁹ pelo Supremo Tribunal Federal, promovendo-se a extensão da garantia de matriz constitucional a hipóteses nas quais, a despeito de configurada abusividade estatal, não houvesse restrição ou perigo de limitação ao direito de ir e vir (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 112). Exemplo notório da ampliação de que se trata é a decisão paradigmática prolatada nos autos do *Habeas Corpus* nº 3.536, em 06 de maio de 1914, ocasião em que, ao apreciar pleito submetido à Corte pelo então Senador Federal Ruy Barbosa, censurado por certa autoridade policial de veicular suas manifestações, no exercício de seu *mínus*, em determinado jornal, o órgão de cúpula assentou entendimento no sentido de que aos senadores da República, com amparo nas imunidades parlamentares constitucionalmente previstas, assegurava-se a publicação de seus discursos proferidos na Casa Parlamentar pela imprensa, no(s) veículo(s) de suas preferências e no momento em que reputasse oportuno²⁰.

Versando, ainda, sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal sob a égide do documento promulgado em 1891, tem-se período, durante o governo de Floriano Peixoto, de relevante instabilidade ao adequado desempenho das atividades jurisdicionais, havendo descumprimento de decisões judiciais pelo Presidente da República e a negativa de nomeação de cidadãos à assunção no cargo de Ministro, a fim de impedir a implementação de quórum mínimo à realização dos trabalhos que incumbiam à Corte (Vieira, 1994, p. 74). Em verdade, apesar do fortalecimento, na perspectiva formal, do Poder Judiciário promovido pela Carta de 1891, notadamente através da expressa autorização de exercício do controle de constitucionalidade da legislação e afastamento da incidência de lei específica, não houve resistência pelo órgão de vértice às ofensas à Constituição protagonizadas pelo Poder Executivo (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 115), motivando célebre crítica formulada pelo jurista e político João Mangabeira (1960, p. 70), para quem o Supremo Tribunal Federal inobservou seu dever de guardião máximo da ordem constitucional ao não enfrentar com o vigor necessário os constantes abusos e violações governamentais²¹.

¹⁹ No ponto, impõe-se a menção de que, por meio da única emenda constitucional editada durante a vigência da Constituição de 1891, encerrou-se a denominada doutrina brasileira do *habeas corpus* através da restrição de seu cabimento às hipóteses em que identificado constrangimento ou ameaça à liberdade de locomoção, inviabilizando, por força de expressa previsão constitucional, ampliações tais como a pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 3.536.

²⁰ <https://portal.stf.jus.br/hotsites/130anos/liberdadeexpressao.html>

²¹ Ainda que apontem como “bastante dócil diante dos desmandos dos governantes de plantão” a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2014, p. 115) reputam exagerada a crítica promovida por João Mangabeira, acredita-se que, dentre outras razões, em virtude das amarras impostas pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, revelando-se digno de nota a proibição, através da emenda constitucional de 1926, de exercício de controle judicial sobre a decretação do estado de sítio ou acerca dos atos governamentais perpetrados no curso de sua vigência, prevalecendo a orientação, de que o referido

Impende salientar que a derrocada do regime constitucional inaugurado em 1891 foi resultado da Revolução de 1930, cujo gatilho consistiu no rompimento, pelo então Presidente da República, o paulista Washington Luís, do acordo denominado de “política do café com leite”, no âmbito do qual os Estados de São Paulo e Minas Gerais alternavam a indicação do futuro Chefe do Poder Executivo. Encerrado o período historicamente nominado República Velha, ascende à presidência Getúlio Vargas, que edita Decreto²² institucionalizando e regulamentando o Governo Provisório, perdurando sua vigência enquanto não aprovada a próxima Constituição (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 116).

Durante este ínterim, elaborou-se o Código Eleitoral, por meio do qual se promoveu a criação da Justiça Eleitoral e do voto secreto, estendeu-se o direito em questão às mulheres, adotou-se o sistema proporcional nas eleições, superando o modelo distrital à época em vigor, e instituiu-se a representação classista (Porto, 2002, p. 260). Em que pese tais medidas possam conduzir à conclusão de que o Brasil, após a superação da Constituição de 1891, passara a trilhar os rumos do progresso estatal, por ocasião do advento do Diploma Eleitoral, datado de 1932, já se encontrava instalado no Brasil verdadeiro governo de exceção, ao qual, por força do Decreto de 1930, incumbia o exercício discricionário da integralidade das funções inerentes não apenas ao Poder Executivo, mas também ao Legislativo, restando suspensas as garantias constitucionais e afastada do Judiciário a possibilidade de apreciação dos atos perpetrados pelo Governo Provisório e seus interventores federais (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 116). Outra faceta do autoritarismo governamental evidenciou-se quando o então Chefe do Executivo, ainda em 1931, aposentou compulsoriamente seis Ministros da Suprema Corte e nomeou outros dois cidadãos para ocupar o cargo, reduzindo o número de cadeiras das anteriores quinze para onze (Costa, 2006, p. 70).

3.1.3 Constituições de 1934 e 1937

Ainda que demasiadamente retardado, o processo de reconstitucionalização transcorreu entre os anos de 1932 e 1934, culminando com a eleição indireta de Getúlio Vargas e a promulgação da Constituição que instaurou o constitucionalismo social no país – abordando temáticas até então não enfrentadas pelas ordens constitucionais brasileiras anteriores,

estado de sítio consistiria em intervalo à vigência da ordem constitucional, período este durante o qual ao governo restaria autorizada atuação para além dos limites impostos pelo texto constitucional (Lynch, 2008, p. 46).

²² Conforme orientação adotada por Afonso Arinos de Mello Franco (1981, p. 172), cuidar-se-ia o Decreto nº 19.398, editado em 11 de novembro de 1930, de espécie de “Constituição Provisória”.

dedicadas à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura – e promoveu relevantes alterações nos Poderes que compunham a República. Em relação ao Poder Judiciário, manteve-se o modelo federativo oriundo da Carta de 1891, fixou-se a composição do Supremo Tribunal Federal em onze Ministros e consagrou-se, com fulcro em expressa previsão constitucional, a Justiça Eleitoral, até então disposta no Código de 1932 (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 117-120). O exercício do controle de constitucionalidade importado dos Estados Unidos por influência do jurista baiano Ruy Barbosa permaneceu com assento constitucional, sofrendo, no entanto, importantes inovações: **(a)** instituição do princípio da reserva de plenário, que impunha como requisito à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público quórum de maioria absoluta da totalidade dos juízes integrantes do Tribunal declarante; **(b)** atribuição de competência ao Senado Federal para suspender a execução das normas reconhecidas como inconstitucionais pelo Judiciário; **(c)** criação de instrumento de controle preventiva obrigatório de constitucionalidade das leis federais por meio das quais decretada a intervenção do Governo Federal nos Estados, nas hipóteses de ofensa aos denominados princípios constitucionais sensíveis, mecanismo este que compreendeu a semente do futuro desenvolvimento do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil, inexistente à época (Mendes, 1990, p. 176-178).

Não obstante houvesse previsão expressa, contida na Constituição de 1934, quanto à vedação de reeleição e a futura realização de eleições diretas, no ano de 1937, articula-se estratégia, no âmbito do Poder Executivo, a fim de assegurar a continuidade de Getúlio Vargas na Presidência da República. Sob o pretexto de evitar a consumação de “plano comunista” supostamente voltado à perpetração de golpe de Estado, o Governo Federal promoveu a ruptura com a ordem constitucional vigente à época, considerada (conforme narrativa desenvolvida pelos governistas) insuficiente à salvaguarda do bem-estar social diante da “profunda infiltração comunista” descortinada. Através do cercamento do Congresso Nacional por tropas da Polícia Militar e do Exército, obstaculizando-se o ingresso dos parlamentares nas dependências das Casas Legislativas, combinada com comunicação radiofônica por meio da qual o então Presidente justifica a necessidade da outorga de novo documento de matriz constitucional, inaugurou-se período de viés marcadamente autoritário da história brasileira, intitulado “Estado Novo” (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 123).

Com efeito, compreende a doutrina que a Constituição de 1937 não ostentou maior relevância na perspectiva jurídica, uma vez que não ofereceu – nem sequer em aspecto formal – parâmetros jurídicos à atuação estatal, prevalecendo no Brasil durante o período de sua vigência evidente estado de emergência, no contexto do qual o Congresso Nacional permaneceu

fechado (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 124), cumprindo mencionar que o próprio jurista responsável por redigir a Carta em questão, Francisco Campos, admitiu, em texto publicado anos após, que não passou de documento cujo valor se limitava ao aspecto histórico (Martins, 2003, p. 109).

De qualquer sorte, no que toca ao Poder Judiciário, teve sua estrutura significativamente simplificada, inexistindo qualquer referência no texto quanto à Justiça Eleitoral e a Justiça Federal em ambos os graus de jurisdição. Embora o Supremo Tribunal Federal mantivesse seu assento constitucional, o exercício do controle de constitucionalidade difuso sofrera inovação que alterou essencialmente seu desiderato, porquanto, a despeito da possibilidade de que determinada lei fosse declarada inconstitucional – tal como autorizado desde a importação do mecanismo em comento pela Carta de 1891 –, ao Chefe do Poder Executivo assegurava-se a submissão da norma dita inconstitucional ao Parlamento, sendo que, em caso de ratificação do teor da legislação controvertida por 2/3 (dois terços) dos membros das Casas que compunham o Congresso Nacional, restaria sem efeito a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Judiciário (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 126).

Ocorre que, como anteriormente exposto, durante o Estado Novo, o Congresso Nacional não exerceu as atribuições inerentes ao Poder Legislativo, circunstância que justificou a edição, pelo então Presidente da República, de determinado Decreto-Lei (nº 1.564/39), por meio do qual – invocando a incidência de disposição constitucional que lhe autorizava desempenhar as funções legislativas enquanto os parlamentares não se reunissem – cassou decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal que, ao exercer o controle de constitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade de lei específica, que estabelecia a incidência de imposto de renda sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais²³ (Loewestein, 1942, p. 115-120).

Digno de nota, ademais, ter a Constituição de 1937 reduzido a idade da aposentadoria compulsória dos magistrados de 75 para 68 anos, providência que provocou, de imediato, a jubilação de cinco integrantes do órgão de vértice da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, viabilizando a Getúlio Vargas a indicação de Ministros de sua confiança e, via de consequência, a formação de conveniente maioria no âmbito da Corte Suprema, que, notadamente enfraquecida, não ofereceu importante resistência diante dos abusos perpetrados durante (Rodrigues, 1991, p. 40-41). Neste particular, anote-se que, no curso da vigência da Carta,

²³Mandado de Segurança nº 513/AM, julgado em 27 de abril de 1938. <https://linhadotempo.mpf.mp.br/www/linha-do-tempo/1939>

prevaleceu receio de que o Governo Federal, amparado em expressa previsão constitucional²⁴ que lhe assegurava a adoção de tal medida, promovesse a aposentadoria dos magistrados sob a alegação de interesse do serviço público ou conveniência do regime, contexto que, naturalmente, tornou ainda mais desafiante a prolação de decisão judicial contrária aos interesses do Estado (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 128).

Durante o interregno em que rompida a ordem constitucional democrática no Brasil e instalado regime autoritário capitaneado pelo então Chefe do Poder Executivo – a quem competia determinar as diretrizes a serem perseguidas pelo Estado, sua manifestação de vontade não encontrando limites nas disposições contidas na Carta de 1937²⁵, tampouco no exercício de controle de constitucionalidade das leis ou no sistema de freios e contrapesos inerente à separação de poderes adotada nas democracias constitucionais, que notoriamente não funcionou neste último período da denominada Era Vargas –, iniciou-se a Segunda Guerra Mundial, que se revelaria decisiva à queda do Estado Novo. Isso porque, em 1941, o Brasil rompeu relações com os países que compunham o Eixo – de caráter nomeadamente ditatorial –, estreitando laços com os Aliados e envolvendo-se concretamente no conflito, tornando-se incontestável a oposição estabelecida entre o efetivo combate protagonizado por tropas militares brasileiras ao totalitarismo na Europa e a manutenção de regime ditatorial interno, emergindo cenário em que determinados setores da sociedade civil e veículos de comunicação começaram a ensaiar movimentos no sentido da liberalização do regime (Skidmore, 1992, p. 72-73).

Transcorrido lapso pouco superior a um ano após o término da Segunda Guerra Mundial, militares do Exército Brasileiro depuseram Getúlio Vargas, ocasião em que a cadeira da Presidência da República foi assumida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares, que, depois de remover do ordenamento jurídico pátrio, através de leis constitucionais, previsões que se destacavam em virtude de suas naturezas autoritárias – merecendo destaque a Lei Constitucional nº 18, que eliminou a faculdade garantida ao Governo de cassação política das decisões judiciais proferidas no âmbito do exame de controle de constitucionalidade da legislação – adotou as providências essenciais à instalação de nova

²⁴Art. 177. Dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis ou militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.

²⁵Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2014, p. 127-128) sustentam que, embora o autoritarismo tenha se configurado como símbolo distintivo do documento em questão – restando manifesta significativa distinção em relação à Constituição antecedente (1934), porque rejeitara, modo absoluto, as técnicas da democracia liberal (tais como o sufrágio direto e a separação de poderes) –, dispunha sobre relevantes restrições ao exercício do poder, capazes de, em hipótese de observância, conferir aparência diversa da que, na prática, ostentou o Estado Novo.

Assembleia Constituinte²⁶ e, no mês de janeiro de 1946, transmitiu o poder a Eurico Gaspar Dutra, eleito em pleito regular à chefia do Poder Executivo (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 131).

3.1.4 Constituição de 1946

O advento da Constituição de 1946, na perspectiva histórica, situa-se em momento no qual, inegavelmente influenciados pela vitória dos Aliados na Segunda Guerra Mundial e consequente derrocada dos regimes totalitários vigentes na Alemanha e na Itália, 28 Estados promulgaram novas constituições ou promoveram alterações substanciais nos textos constitucionais em vigor (Franco, 1981, p. 223-224), evidenciada verdadeira tendência de constitucionalismo global, no âmbito da qual triunfavam convicções democráticas e de prestígio aos direitos humanos (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 131). O documento constitucional que marcou a redemocratização do país ostentava caráter essencialmente liberal²⁷, assegurando as liberdades e garantias individuais contra qualquer expediente autoritário – vinculada eventual decretação de estado de sítio à aprovação, única e exclusiva, do Congresso Nacional – e a livre organização partidária, dedicando-se à devolução das prerrogativas inerentes aos Poderes Legislativo e Judiciário em um regime efetivamente democrático (Bonavides; Andrade, 1991, p. 409).

Nesse cenário, integrou-se a Justiça do Trabalho, até então vinculada ao Poder Executivo, à estrutura do Judiciário, recuperou-se o assento constitucional da Justiça Eleitoral, instituiu-se o Tribunal Federal de Recursos, mantiveram-se a composição do Supremo Tribunal Federal em 11 Ministros, indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, e o modelo de controle difuso de constitucionalidade, positivaram-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular, retomaram-se os institutos do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito e, em notável inovação, consagrou-se constitucionalmente a inafastabilidade da prestação jurisdicional. Mais relevantes, no sentido

²⁶Em que pese Getúlio Vargas houvesse editado lei constitucional que não dispunha acerca da convocação de Assembleia Constituinte, mas tão somente sobre a eleição do Parlamento, que gozaria de poderes para promover alterações na Constituição de 1937, após a superveniência de manifestação do Tribunal Superior Eleitoral dando conta de que o Congresso Nacional (que permaneceu fechado durante o Estado Novo) não se encontraria restrito a quaisquer limites, apenas àqueles que viria a prescrever (Porto, 2002, p. 283), foram adotadas por José Linhares as medidas indispensáveis ao chamamento de nova Constituinte.

²⁷Cumprir registrar que a Constituição de 1946 não se preocupou em demonstrar tratar-se de documento de participação e mudança, tampouco de se fazer presente no dia a dia da população. Nas palavras de Paulo Bonavides e Paes de Andrade: “A Constituição de 1946 assegurava pois um Estado social de direito vazado na mais ampla tradição liberal dos juristas brasileiros. [...] a Constituição é preponderantemente liberal [...] o Estado social se faz instável”. (Bonavides; Andrade, 1991, p. 410-412).

de demonstrar a nova posição que se pretendia ocupasse o Poder Judiciário no contexto do Estado democrático que se instaurava, foram as disposições constitucionais que versaram sobre as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) e a expurgação da possibilidade de revisão, por agentes políticos, das decisões proferidas por Órgãos do Judiciário (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 134).

A Carta de 1946 permaneceu em vigência por lapso superior a 20 anos, dividido em três principais etapas, quais sejam: **(a)** de sua promulgação até o mês de setembro de 1961, quando, por meio de Emenda Constitucional, instituiu-se o parlamentarismo no Brasil; **(b)** o retorno do presidencialismo, no mês de janeiro de 1963, e o golpe militar executado entre o fim de março e o início de abril de 1964; e **(c)** o período durante o qual a ordem constitucional vigente conviveu com a ditadura militar inaugurada, até sua revogação, em janeiro de 1967 (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 135-136). Trata-se de intervalo histórico em que protagonizadas tentativas de ruptura institucional anteriores à exitosa investida militar levada a efeito em 1964, dentre as quais merece destaque a pretensão cultivada por determinados agentes políticos – a exemplo de Carlos Lacerda²⁸, filiado à União Democrática Nacional (UDN) e reconhecido opositor do Governo de Getúlio Vargas – de inviabilizar a posse de Juscelino Kubitschek, candidato à Presidência da República eleito no âmbito de pleito realizado em 1955²⁹ (Melo, 2016, p. 94).

No curso da primeira fase mencionada, importa registrar o suicídio do então Presidente da República, Getúlio Vargas, em agosto de 1954, e a assunção do Vice-Presidente, Café Filho, a mais prestigiada cadeira do Palácio do Catete. Considera-se especialmente relevante esta menção porque, em virtude de complicações de saúde, o novo chefe do Poder Executivo afastasse de suas atividades, assumindo interinamente o cargo Carlos Luz, Presidente da Câmara dos Deputados à época, que seria afastado por meio de manobra militar, conduzida por Henrique Teixeira Lott, Marechal do Exército, avalizada pelo Congresso Nacional em razão de informações dando conta de eventual conspiração golpista, no bojo da qual supostamente

²⁸A quem atribuída a seguinte declaração: “O Sr. Getúlio Vargas, senador, não deve ser candidato à Presidência. Candidato, não deve ser eleito. Eleito, não deve tomar posse. Empossado, devemos recorrer à revolução para impedi-lo de governar” (Schwarcz; Starling, 2015, p. 401).

²⁹Após a confirmação do resultado das eleições de 1955, no âmbito da qual se sagrou vencedor Juscelino Kubitschek, o político opositor Carlos Lacerda bradou: “Àqueles que têm nas mãos a força de capaz de decidir a questão. Basta que ouçam a voz do seu patriotismo, e não a dos que falam em legalidade para entregar o Brasil a contraventores e criminosos do pior dos crimes, que é o de enganar o povo com o dinheiro que lhe roubam” (Skidmore, 2010, p. 186). Digno de nota texto do jornalista Thomas Traumann, que traça paralelo entre o episódio ocorrido em 1955 e o desafio a ser enfrentado, em caso de vitória, pelo então candidato à Presidência da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em virtude do contexto de instabilidade institucional existente no Brasil: Os militares voltaram de vez para o jogo da política. 25 de mai. de 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/thomas-traumann/os-militares-voltaram-de-vez-para-o-jogo-da-politica>. Acesso em: 17 out. 2023.

envolvido o parlamentar, que pretendia impedir a posse de Kubitschek (Skidmore, 1992, p. 188-198).

Para substituir Carlos Luz até o término do mandato presidencial iniciado por Vargas, indicou-se Nereu Ramos, Vice-Presidente do Senado Federal, quando então Café Filho intenta reassumir o posto, restando decretado seu impedimento pelo Congresso Nacional – e o estado de sítio no Brasil –, cujo fundamento encontrava-se na circunstância de que Café Filho demonstrou afinidade³⁰ com movimento político liderado pela União Democrática Nacional, cuja atuação ambicionava obstaculizar a transmissão do cargo ao Presidente eleito (Vianna, 2018, p. 11).

Esta a sucessão de eventos que culminou na impetração do Mandado de Segurança nº 3.557 ao Supremo Tribunal Federal, sobrevindo decisão no sentido da suspensão da ação constitucional até a cessação do estado de sítio, na evidente pretensão da Corte de evitar interferência judicial à controvérsia político-militar (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 136-137).

Em que pese a solução jurídica alcançada pela Suprema Corte, notável o voto proferido pelo Ministro Nelson Hungria, no bojo do qual, examinando o mérito da questão controvertida – superando, portanto, a etapa preliminar à qual se restringiram alguns de seus pares, que vincularam o enfrentamento do *writ* ao encerramento do estado de exceção –, afirmou não ter sido a manifestação do Congresso Nacional a responsável por impedir o retorno de Café Filho ao Palácio do Catete, mas sim a referida manobra militar, que assegurou a manutenção da ordem constitucional vigente ameaçada por Carlos Luz, limitando-se o Poder Legislativo, em verdade, a reconhecer e convalidar (porque inexistente outro caminho a ser trilhado), através da decretação de impedimento, contexto fático instalado pela denominada insurreição armada liderada pelo Marechal Lott (Vianna, 2018, p. 128-131).

O Ministro questiona, no corpo de seu voto, qual seria o obstáculo ao Chefe do Poder Executivo mais notório e insuperável pelos instrumentos legais do que aquele imposto pela resistência militar, reconhecendo que as armas do Exército se encontravam acima da Constituição e do Supremo Tribunal Federal, bem como que insignificante eventual declaração de (in)constitucionalidade da Resolução nº 21/1955 aprovada pelo Parlamento, por meio da qual mantido o afastamento do impetrante, visto que não ostentava “valor de persuasão”, concluindo, ao final, que a manobra de Lott constituía verdadeira fonte jurídica de direito

³⁰Em que pese tenha rejeitado publicamente proposta de anulação das eleições presidenciais de 1955 e afirmado que o pleito em questão transcorreria dentro da normalidade, as historiadoras Lilia Schwarcz e Heloisa Starling afirmam que Café Filho, Vice-Presidente da República na quadra histórica à qual se refere, endossava, ainda que discretamente, a proposta conservadora de golpe (Schwarcz; Starling, 2015, p. 413).

supraconstitucional, razão pela qual inviável a adoção de solução diversa da denegação da segurança postulada, exatamente por compreender inócuo comportamento que pretenda resistir em face daquele que enverga o poder de dizer o direito³¹ (Vianna, 2018, p. 128-131).

Avançando ao terceiro momento de vigência da Constituição de 1946, a instauração da ditadura militar no Brasil em 1964 foi acompanhada pela edição do Ato Institucional nº 1³², por meio do qual previsto que a aludida Carta permaneceria em vigor naquilo em que seu conteúdo não o contrariasse, inobservados, portanto, quaisquer limites constitucionais em suas disposições, dentre as quais se encontrava a temporária suspensão das garantias asseguradas à magistratura (vitaliciedade e estabilidade), a autorização à aposentadoria compulsória ou demissão de magistrados que houvessem atentado contra a segurança nacional, o regime democrático e a probidade administrativa (rechaçada a submissão do mérito da decisão governamental ao Poder Judiciário)³³, bem como a cassação de mandatos legislativos e a suspensão de direitos políticos, destas igualmente excluída a apreciação judicial. Na evolução do regime autoritário, por meio do Ato Institucional nº 2, promoveu-se o acréscimo de cinco Ministros à composição do Supremo Tribunal Federal, medida que viabilizou a construção de cômoda maioria aos interesses do Executivo, instituiu-se a Justiça Federal de 1º Grau e transferiu-se à Justiça Militar a competência para processamento de condutas enquadradas como crimes contra a segurança nacional (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 140-141).

Para além dos Atos Institucionais, significativo número de Emendas Constitucionais

³¹ Nesse sentido, digno de nota excerto do voto prolatado pelo Ministro Nelson Hungria por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 3.557, quando afirma: “Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contrainsurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal Federal, posto que esse não cometeria a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição. Aqui está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 3.557. Requerente: João Café Filho. Relator: Ministro Afrânio Costa. Brasília, 04 de abril de 1957).

³² Após a instalação do regime militar no Brasil, o governador do Estado de Goiás, Mauro Borges, tornou-se alvo do Estado de exceção sob o argumento de que supostamente envolvido em movimento de subversão de natureza comunista desenvolvido no âmbito da Unidade da Federação que governava, razão pela qual impetrou *habeas corpus* preventivo (nº 41.296) perante o Supremo Tribunal Federal sob a alegação de que iminente a decretação de sua prisão preventiva, tendo em vista que decorrente da instauração de inquérito penal militar para apurar a suposta prática de crimes previstos na Lei de Segurança, figurando como investigado o impetrante. À unanimidade, a Suprema Corte concedeu-lhe a ordem no sentido de determinar a impossibilidade de que fosse processado, independentemente se na Justiça Comum ou Militar, sem a prévia manifestação da Assembleia Legislativa de Goiás. Três dias após prolatada a decisão pelo Pretório Excelso, restou decretada a intervenção no Estado de Goiás, bem como votado, pelo Poder Legislativo Estadual, o impedimento da chapa eleitoral liderada por Mauro Borges, declaração esta que motivou a eleição de novo Chefe do Poder Executivo Estadual. Este o contexto no qual o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ribeiro da Costa, que, inobstante ambicionasse o regime militar que a Corte fosse composta por “onze carneiros que expressam sua debilidade moral, fraqueza e submissão”, cuidava-se de hora das mais difíceis, sendo exatamente em momentos tais que o povo depositava suas esperanças no STF, que, através de seus Ministros e mantendo os olhos tão somente no texto constitucional, manifestar-se-ia com “independência e altivez” acerca das controvérsias submetidas à sua apreciação (Chagas, 2014, p. 301-314).

³³ Durante o período, incidiu tal disposição em face de 49 magistrados (Fausto, 2002, p. 467-468).

alterou consideravelmente o conteúdo originário da Carta de 1946, evidenciando-se digna de nota aquela tombada sob o nº 16, datada de 26 de novembro de 1965, através da qual instituída a representação, a ser proposta pelo Procurador-Geral da República, contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa. Esta inovação se revela especialmente importante porque tornou misto o sistema de jurisdição constitucional brasileiro – que, até então, dispunha tão somente do controle difuso e concreto importado da Constituição norte-americana –, instalando o controle abstrato e concentrado, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às normas em tese³⁴.

3.1.5 Constituição de 1967

Sobreveio, por meio do Ato Institucional nº 4, a convocação da Assembleia Constituinte, que, após o desempenho de tarefas que foram denominadas por Paulo Bonavides e Paes Andrade (1991, p. 432) como “farsa constitucional”, culminou com a promulgação de nova Constituição em janeiro e entrada em vigor em março de 1967. Especificamente no que toca ao Poder Judiciário, mantiveram-se, modo geral, as previsões contidas na Carta de 1946 – observadas as alterações que lhe foram impostas pelo Ato Institucional nº 2 e pela Emenda Constitucional nº 16/65 –, tais como as garantias da magistratura, conservando-se, no entanto, cláusulas que afastavam do controle judicial atos exarados pelo Comando Supremo da Revolução, dentre os quais inseridos os comandos contidos nos denominados Atos Institucionais (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 145).

Em dezembro de 1968, já sob a égide da nova ordem constitucional vigente no país, restou editado pelo regime ditatorial o famigerado Ato Institucional nº 5, documento que, para além de outras tantas providências de caráter eminentemente antidemocrático, reintroduziu medidas dispostas no Ato Institucional nº 1, tais como **(a)** a suspensão das garantias da magistratura e **(b)** do cabimento de *habeas corpus* em relação a determinados delitos e **(c)** a aposentadoria compulsória ou demissão de juízes, merecendo especial menção a cassação de

³⁴Neste particular, merece registro que o fundamento da instituição de novo instrumento de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro encontrava-se em duas circunstâncias: **(a)** o responsável pela propositura da intitulada representação contra declaração judicial de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo era o Procurador-Geral da República, cargo ocupado por indivíduo de confiança do regime ditatorial; **(b)** com a nova composição do Supremo Tribunal Federal, agora com 16 Ministros, considerava-se que o julgamento das demandas submetidas à apreciação da Corte observaria os interesses dos militares, reduzindo-se, por meio do controle abstrato e concentrado, os poderes dos magistrados de piso e dos tribunais ordinários, que, inobstante exercessem o controle difuso e concreto de constitucionalidade das leis, em eventual declaração de inconstitucionalidade que se opusesse aos desejos do Executivo, teriam suas manifestações cassadas por decisões do Pretório Excelso, tendo em vista a eficácia *erga omnes* das ordens judiciais exaradas no âmbito de julgamento de representação de inconstitucionalidade (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 141).

três Ministros do Supremo Tribunal Federal e a saída voluntária de outros dois, em solidariedade a seus pares (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 146).

Pouco permaneceu em vigor, no entanto, a Constituição de 1967, restando superada por ocasião do advento de nova Carta, em 1969, outorgada pela Junta Militar que, à época, governava o Brasil, através da intitulada Emenda Constitucional nº 1 e invocando-se como fundamentos jurídicos disposições preconizadas em dois Atos Institucionais (Sarmiento Souza Neto, 2014, P. 148). Inobstante travado debate doutrinário sobre se cuidava-se, o texto outorgado, de nova Constituição ou de mera emenda constitucional, prevaleceu, modo majoritário, a orientação no sentido de que, considerados os aspectos teórico e técnico, não haveria falar tão somente em emenda à Constituição de 1967, mas na instituição de nova ordem constitucional, visto que, por meio do mecanismo de emenda, impôs-se texto amplamente alterado em relação àquele que o antecedeu (Silva, 1989, p. 78).

No que diz respeito ao Poder Judiciário, dignas de nota duas modificações, consistentes na fixação da composição do Supremo Tribunal Federal em número de 11 Ministros, conferindo assento constitucional à redução promovida pelo Ato Institucional nº 6³⁵, e a inserção do Ministério Público, cujas disposições encontravam-se no capítulo referente ao Poder Judiciário na Carta de 1967, ao capítulo que versava sobre o Poder Executivo. Merece destaque, outrossim, as inovações impostas em 1977, pelo então Presidente da República, Ernesto Geisel, que – dentre outras medidas adotadas no intuito de evitar novas derrotas após os resultados das eleições parlamentares ocorridas em 1974 –, por meio de Emendas Constitucionais, estabeleceu hipótese que viabilizava à Suprema Corte, desde que formulado requerimento pelo Procurador-Geral da República, avocar qualquer processo em trâmite no país quando identificado iminente perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, intitulando-se tal instrumento de ação avocatória, bem ainda criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão que, integrado por 7 Ministros do Pretório Excelso, dedicar-se-ia à atuação disciplinar dos Órgãos Judiciais do país (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 149-151).

No âmbito do governo Geisel, iniciou-se processo de reabertura do regime ditatorial, movimento que teve prosseguimento após a assunção de João Batista Figueiredo à Presidência da República, que viria a ser o último militar Chefe do Poder Executivo brasileiro, havendo a realização de eleições presidenciais indiretas em 1985, oportunidade em que Tancredo Neves, líder moderado da oposição, sagrou-se vencedor. Ocorre que, em virtude de complicações de ordem médica, o candidato eleito faleceu em momento anterior à posse, tornando-se José

³⁵ Decorrente da cassação de três Ministros, por meio de aposentadorias compulsórias, e saída de outros dois, conforme anteriormente exposto.

Sarney, Vice-Presidente da chapa vencedora e antiga liderança do regime autoritário, o primeiro civil a ocupar a mais importante cadeira do Palácio do Planalto após 21 anos de ditadura militar³⁶ (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 151-154).

A chapa eleitoral encabeçada por Tancredo Neves e José Sarney, denominada “Aliança Democrática”, comprometera-se com a convocação de Assembleia Constituinte (Pilatti, 2008, p. 21), compromisso que, a despeito do falecimento do político mineiro, foi devidamente observado, restando encaminhada ao Poder Legislativo Proposta de Emenda Constitucional (cujo texto, por ocasião de sua aprovação, tombou-se sob o número 26/1985) conferindo ao Congresso Nacional poderes constituintes para que se reunisse no mês de fevereiro de 1987 (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 158). Neste particular, cumpre registrar que, inobstante apresentado pelo Deputado Federal Flavio Bierrenbach substitutivo à Proposta de Emenda Constitucional submetida pelo Poder Executivo ao Legislativo, no bojo da qual propunha consulta ao povo, via plebiscito, a fim de que deliberasse sobre se deveria o poder constituinte originário ser desempenhado **(a)** pelo Congresso Nacional eleito em 1986 – composto, em determinada parcela, por Senadores cujos mandatos datavam de momento anterior à sua instalação, tendo em vista a duração de oito anos e a renovação alternada das cadeiras do Senado Federal – ou **(b)** por representantes a serem designados unicamente para o fim de compor a Constituinte, prevaleceu fórmula considerada insatisfatória, não apenas pela sociedade civil, mas por parte da doutrina (Barroso, 2009, p. 40-41).

Nesta esteira, quanto ao chamamento de Assembleia Constituinte por meio de Emenda Constitucional, determinados doutrinadores sustentaram orientação de que se cuidaria, em verdade, de mero exercício de poder constituinte derivado, restrito, portanto, às balizas constitucionais preconizadas pela Carta de 1969, vigente à época (Ferreira Filho, 1999, p. 168-170). Tal entendimento, no entanto, não encontrou eco significativo, triunfando a compreensão de que constituía a referida Emenda tão somente instrumento de convocação, ao passo que o fundamento de validade se encontrava na incontestável pretensão social – evidenciada através de movimentos tais como o intitulado “Diretas Já” – de que emergisse novo Estado, amparado em ordem jurídica democrática e distante do autoritarismo que caracterizou o regime militar

³⁶ Digno de nota que, com a superveniência da notícia de que Tancredo Neves não tomaria posse, emergiu dúvida sobre quem seria seu sucessor, se o Vice-Presidente eleito José Sarney ou o Presidente da Câmara dos Deputados Ulysses Guimarães. Inobstante a questão não tenha sido judicializada, os Ministros da Suprema Corte, anteendo a possibilidade de que a questão controvertida fosse submetida à apreciação do Tribunal, reuniram-se e deliberaram acerca do tema, construindo resposta de natureza institucional no intuito de assegurar a transição do regime militar ao democrático que se avizinhava. Conforme compreensão externalizada pelo Ministro Sydney Sanches por ocasião de entrevista ao projeto História Oral do Supremo Tribunal Federal, a manifestação extraoficial do Pretório Excelso teria sido considerada à conclusão de que competia a José Sarney ocupar a cadeira mais importante do Palácio do Planalto (Fontainha; Mattos; Sato, 2015, p. 112-116).

(Barroso, 2009, p. 33-34), configurando a mobilização popular identificada no contexto brasileiro verdadeira demonstração da soberania do povo, que atribuiu a autoridade necessária ao desenvolvimento dos trabalhos pela Assembleia Constituinte (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 159).

3.2 ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO *STATUS* DE PROTAGONISTA NA ORDEM CONSTITUCIONAL INSTAURADA

Como resultado das atividades desempenhadas pela Constituinte, promulgou-se, em 5 de outubro de 1988, a nova Constituição da República, no bojo da qual assumida pelo legislador concepção social de constitucionalismo, evidenciado o comprometimento com os direitos fundamentais e a democracia, bem como a ambição de fomentar a construção, a partir da vigência da nova ordem constitucional, de sociedade mais inclusiva. Com efeito, trata-se de Carta classificada como dirigente³⁷ ou programática, porque, para além de se dedicar à organização estrutural do Estado e à limitação do exercício do poder estatal por meio de disposições que exercem papel negativo, ostenta robusto catálogo de normas que configuram fonte positiva de direito, instituídos objetivos e programas que se pretende sejam alcançados pelo poder público e pela sociedade, identificada, neste particular, a fixação de horizonte a ser observado pelos agentes políticos por ocasião da tomada de decisões (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 170-172).

No entanto, este mesmo documento – que simboliza a reconquista dos direitos fundamentais e a suplantação do projeto autoritário advogado pelo regime militar – ostenta inegáveis traços de imaturidade e evidencia o cenário de fragilidade no qual, naquela quadra da história, encontrava-se inserido o Brasil, em virtude de constantes rupturas institucionais, cuidando-se de características marcantes da Carta promulgada em 1988 o detalhismo prolixo e casuístico inapropriado a texto de *status* constitucional, as contradições ideológicas decorrentes dos *lobbies* promovidos pelos “grupos de pressão” durante os trabalhos desenvolvidos pela Constituinte e as densidades corporativas. Ao examinar em que condições estava a atual Constituição brasileira quando transcorridos pouco menos de 18 anos desde sua promulgação,

³⁷ Ver item 2.1.2 deste estudo e nota de rodapé nº 5.

Luís Roberto Barroso apontou a aprovação de aproximadamente 50³⁸ emendas no período³⁹, realidade que não apenas notabiliza as sucessivas alterações sofridas pelo documento constitucional, mas também provoca o distanciamento do Estado de um de seus valores fundamentais, a segurança, circunstância que afeta a estabilidade de relações de diferentes naturezas (sociais, políticas e jurídicas) e a possibilidade de consolidação de um sentimento constitucional⁴⁰, cuja ausência, somada à inexistência de relevante compreensão democrática arraigada na sociedade, relega ao país a via única da sedimentação jurídica (Barroso, 2009, p. 42-48).

Tornando às particularidades da Constituição de 1988, tem-se o sistema de direitos fundamentais – composto por robusto catálogo de direitos civis e políticos, acompanhado de direitos sociais, trabalhistas e prestacionais, e outros inseridos no rol “de terceira dimensão”, dentre os quais se encontram o patrimônio cultural e o meio ambiente – protegido pelo *status* que lhe foi concedido, de cláusula pétrea expressa, e tonificado (1) pelo princípio da aplicabilidade imediata, que revela a atenção do constituinte originário à história constitucional brasileira, marcada pela ineficácia das previsões de ordem constitucional dedicadas à tutela dos direitos mais básicos, e sua pretensão de assegurar efetividade às normas que integram tal

³⁸ Oscar Vilhena Vieira aponta que a extensão do texto constitucional não se revelou óbice às reformas e adaptações propostas pelos governos que se alternaram no poder após a promulgação da Carta de 1988, contabilizando-se, em outubro de 2018, mais de 100 (cem) emendas constitucionais (Vieira, 2018, p. 19).

³⁹ Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto filiam-se à corrente doutrinária que destaca, em tom crítico, as numerosas reformas constitucionais sofridas pela Constituição de 1988, avalizando a compreensão adotada por Luís Roberto Barroso e Karl Loewenstein quanto ao relevante prejuízo que constantes alterações do texto constitucional provocam ao desenvolvimento, no seio da sociedade brasileira, do denominado sentimento constitucional, ou, parafraseando expressão empregada pelos autores, “cultura constitucional”. No entanto, ressaltam que, considerada a natureza prolixa e pormenorizada da Carta em questão, assim como o dinamismo social, a manutenção do adequado funcionamento do sistema jurídico depende de frequentes reformas, indicando, ainda, dúvida sobre se o texto constitucional promulgado em 1988 permaneceria em vigor se adotados, pelo constituinte originário, procedimentos que visassem a dificultar a aprovação de emendas constitucionais.

⁴⁰ Pablo Lucas Verdú, professor espanhol de Direito Constitucional que viveu na Espanha durante o denominado “franquismo” – período durante o qual vigente regime totalitário liderado pelo militar Francisco Franco –, formulou a expressão “sentimento constitucional” poucos anos após a superação da ditadura espanhola (que perdurou até o final da década de 1970) e a inauguração de regime democrático por meio da Constituição promulgada em 29 de dezembro de 1978. Em sua obra “El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política”, datada de 1985, define sentimento constitucional enquanto “adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente”, pois “estima-se (...) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência” (Verdú, 2004, p. 75). Karl Loewenstein (1986, p. 174) advoga a tese de que a submissão do documento constitucional a sucessivas reformas abala contribui para o enfraquecimento do sentimento de respeito que se almeja seja nutrido pela população e pelos governantes em relação à Constituição vigente em determinado Estado, ao passo que, construindo-se relação de identidade entre a sociedade e sua Lei Maior, quanto mais intensa, maior será a resistência popular e política à sujeição do texto constitucional aos mecanismos de reforma. Na mesma esteira, Donald Lutz (1995, p. 246) aponta que a constante aprovação de emendas constitucionais pode representar a inexistência, no contexto de determinada comunidade política, da compreensão de que se trata a Constituição de legislação de estrato superior, confundindo-se o papel que exerce com aquele desempenhado pela legislação ordinária.

classe, e **(2)** pelo reforço institucional do Poder Judiciário, alçado ao papel de guardião dos direitos constitucionalmente consagrados (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 172). Com efeito, constata-se a transformação de um catálogo extenso – e, por vezes, paradoxal – de ambições sociais e políticas em regra jurídica, proclamadas, no texto constitucional, ideias de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade e dirigismo econômico, ao mesmo tempo em que conferida ao Judiciário a missão de implementar o ousado projeto constitucional e ampliadas consideravelmente as ferramentas de acesso que o instrumentalizam⁴¹ (Veríssimo, 2008, p. 412).

Para além do mencionado sistema de direitos fundamentais, outro pilar estruturante da Carta em questão consiste na democracia, fundada **(1)** no sufrágio universal, secreto, direto e periódico em relação à integralidade dos cargos políticos eletivos, igualmente incluído no estrato das cláusulas pétreas, **(2)** no sistema partidário erigido sobre diretrizes pluralistas e liberais, **(3)** em mecanismos participativos, a exemplo do plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis, **(4)** na salvaguarda das liberdades públicas, tais como aquelas que dizem respeito à expressão, associação e informação, e **(5)** na manutenção do assento constitucional da Justiça Eleitoral, responsável por tutelar a higidez dos pleitos eleitorais. Não bastasse a pretensão de democratizar o regime político, propôs-se o texto constitucional a alcançar a democratização das relações sociais, econômicas e culturais (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 173).

Incurtionando sobre as alterações promovidas no âmbito do Poder Judiciário, identifica-se seu fortalecimento por meio da concessão de autonomia administrativa e financeira, bem ainda da ampliação de sua relevância na esfera política. No ponto, merece destaque a previsão de complexo sistema de jurisdição constitucional⁴², que – combinado com a promoção e salvaguarda do direito de acesso à justiça e o novo perfil conferido ao Ministério Público e à Defensoria Pública – intensifica consideravelmente fenômeno denominado de judicialização da

⁴¹A pretensão de implementação judicial de direitos sociais, econômicos e culturais não se trata de experiência isolada, identificadas ambições em semelhante sentido nos casos indiano, sul-africano e colombiano (Veríssimo, 2008, p. 433).

⁴²Ao analisar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que combina as modalidades concentrada e difusa, Keith Rosenn (2000, p. 291-320) adjetiva-o como “extenso e complicado”, “híbrido e extraordinariamente complexo”, que, na pretensão de conciliar as tradições de *civil law* e *common law*, criou consideráveis dificuldades ao sistema de justiça. O professor norte-americano aponta que a prolixa Constituição brasileira, repleta de previsões que consagram direitos individuais específicos e objetivos sociais e econômicos de longo alcance, autoriza a submissão de eventuais violações ao texto constitucional por inobservância de suas disposições ao Poder Judiciário, autorização esta reforçada pela notável acessibilidade judicial assegurada pelo constituinte originário. Ocorre que, considerada a inexistência de cultura jurídica de vinculação por precedentes, os Tribunais são instados a manifestarem-se reiteradamente sobre as mesmas questões de matriz constitucional, realidade que, para além de consumir recursos judiciais valiosos, inevitavelmente acarreta decisões conflitantes sobre uma mesma previsão constitucional.

política⁴³ (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 175). Com efeito, no âmbito das democracias constitucionais – que entregaram à jurisdição constitucional a prerrogativa de intervir na interpretação e aplicação conferidas pelos Poderes eleitos ao texto constitucional –, o acionamento do Judiciário à resolução de conflitos é cada vez mais frequente, exatamente em razão de ser o constitucionalismo “uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política)”, limite este que se define através das Constituições (Tassinari, 2012, p. 17-18).

Nesta altura, necessário breve registro. Em que pese tenha avançado movimento constitucionalizante na Europa após o término da Segunda Guerra Mundial, conforme apontado no capítulo anterior deste texto, as nações latino-americanas não acompanharam, à época, os progressos alcançados no âmbito do direito constitucional europeu, visto que, enquanto o segundo pós-guerra no Velho Continente demarcou o advento de renovadas ordens constitucionais, na América Latina, testemunharam-se sucessivos golpes de Estado e a conseqüente instauração de regimes totalitários (a exemplo da investida militar em 1964), razão pela qual as preocupações (evidenciada na desconfiança dirigida ao Poder Legislativo) e os avanços (rejeição de regimes totalitários e promulgação de Cartas de Direitos substantivas, que constituíram elemento fundacional dos novos Estados, Democráticos de Direito, emergidos sobre os escombros da guerra) decorrentes das experiências traumáticas que culminaram no conflito armado mais letal da história aportaram no Brasil apenas quando da ruptura com o regime militar (Tassinari, 2012, p. 32).

Especificamente no contexto brasileiro, em que adotado arranjo no bojo do qual se tem, de um lado, extenso texto constitucional que se debruça sobre temas das mais distintas

⁴³ No que diz respeito à judicialização da política, Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 32) identifica no advento do Estado Democrático de Direito, marcado pela constitucionalização do Direito e pela organização do sistema jurídico a partir de extenso rol de direitos humanos, somado à ineficiência dos demais Poderes na concretização de políticas públicas, os motivos que promoveram o constante crescimento da interferência do Judiciário na resolução de conflitos submetidos à sua apreciação, submissão esta que também se tornou possível em razão da fixação da justiça constitucional como instância revisora de atos praticados pelas instituições majoritárias. Por sua vez, Neal Tate e TorbjörnVallinder (1995, p. 194-ss.) apontam uma série de motivos que estimularam o fenômeno em questão: (I) alteração da compreensão de democracia enquanto vontade da maioria através da incorporação do poder contramajoritário, desempenhado pelo Poder Judiciário; (II) consolidação da separação dos poderes, que favorece o fenômeno em questão; (III) não implementação de políticas públicas, a despeito de extenso rol de direitos constitucionalmente assegurados; (IV) submissão à apreciação do Poder Judiciário de inclusão de determinados direitos não afirmados constitucionalmente, como forma de expansão de outros consagrados pelo constituinte originário; (V) fortalecimento do controle de constitucionalidade, por vezes acionado pela oposição parlamentar como mecanismo apto a impedir o avanço de certas iniciativas governamentais; (VI) ineficácia da atuação dos Poderes eleitos na realização de políticas públicas, manifestando dificuldades no desenvolvimento das atividades que lhes incumbem; e (VII) delegação de atribuições pelos Poderes Executivo e Legislativo ao Poder contramajoritário, o que ocorre por razões de estratégia política, quando o parlamentar ou administrador pretende evitar mal-estar com seus eleitores ou opositores, transferindo a responsabilidade sobre decisões que envolvem significativa divergência social aos magistrados.

naturezas, e, de outro, numerosos instrumentos de controle de constitucionalidade, transformou-se em regra a submissão de relevantes decisões políticas à apreciação do Poder Judiciário⁴⁴, cenário que provoca questionamentos, robustecidos nos anos mais recentes, acerca da legitimidade democrática da atividade jurisdicional e dos limites de sua atuação, notadamente em virtude da condição de que, diversamente dos integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, os magistrados não são eleitos, tampouco sujeitam-se ao crivo popular, que, por meio do voto, não alcança os membros do Judiciário, a quem remetidas controvérsias de especial interesse público, não raro decididas em sentido contrário às aspirações governamentais, situação que suscita críticas, dentre outras razões – nem sempre satisfatoriamente fundamentadas –, em virtude da prolação de decisões amparadas em disposições constitucionais vagas e abertas, estas adstritas, portanto, às interpretações que lhes são conferidas pelos julgadores (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 175).

Identifica-se, em verdade, ter o constituinte originário cuidado de assuntos que transcendem aqueles propriamente constitucionais, configurando processo denominado por parcela da doutrina de constitucionalização do direito, que criou esfera de tensão e provocou significativa expansão da litigiosidade constitucional, esta resultado da relevante ampliação das matérias que, na vigência da Carta de 1988, passaram a ostentar *status* constitucional, opção eleita pelo constituinte ao promover nítida diminuição da esfera de atuação do poder político. Nesse contexto, torna-se frequente a submissão de controvérsias à apreciação do órgão responsável por dirimir conflitos que versem sobre assuntos de hierarquia constitucional, ao passo que as questões controvertidas restam potencializadas em virtude do restrito campo de discricionariedade assegurado ao Administrador e ao Legislador (Vieira, 2008, p. 446-447).

Em que pese a nova ordem constitucional inaugurada a partir do advento da Carta de 1988 não tenha promovido alterações na estrutura básica do Supremo Tribunal Federal, dedicou-se a modificações no que diz respeito ao espectro de sua jurisdição, acarretando verdadeira readequação do papel exercido pelo órgão de vértice no sistema político-constitucional do Brasil (Vieira, 1994, p. 127). Destacam-se como inovações que concorreram à dilatação da função institucional da Suprema Corte: **(a)** a criação de mecanismos destinados à efetividade dos direitos constitucionais que necessitam de regulamentação ao seu adequado

⁴⁴ Deve-se ter em mente que, inobstante tenha se tornado regra, como exposto, a submissão de relevantes decisões políticas à apreciação do Poder Judiciário, a judicialização da política trata-se de evento existente no âmbito das democracias constitucionais ocidentais como consequência do modelo de Estado – Democrático de Direito – adotado após o término da Segunda Guerra Mundial, não sendo atribuível ao Poder Judiciário qualquer responsabilidade pela judicialização, os magistrados não mantendo qualquer poder sobre a intensificação do fenômeno, independentemente de condutas mais ou menos intervencionistas que venham a adotar (Tassinari, 2012, p. 21-22).

exercício; **(b)** a posição de instância examinadora das decisões do poder constituinte revisor, que lhe foi outorgada por meio da expansão das hipóteses de controle material da constitucionalidade de emendas constitucionais; **(c)** a possibilidade de afastar o controle difuso de constitucionalidade por parte dos demais órgãos que integram o Poder Judiciário; e **(d)** a extensão dos agentes legitimados à proposição de ação direta de inconstitucionalidade e a autonomia conferida ao Ministério Público, todas estas circunstâncias que contribuíram à transformação do Supremo Tribunal Federal em arena política mais acessível (Vieira, 1994, p. 141).

Ressalte-se, quanto à ampliação dos atores aos quais conferida legitimidade para propor ação direta, revela-se especialmente importante à compreensão de que o Pretório Excelso, na vigência da atual Carta de Direitos, passou à condição de verdadeiro palco de embate político, transformado pelos agentes a quem assegurado o direito de submeter sua insurgência à apreciação da Corte em instância revisora de decisões majoritárias, mostrando-se sintomática a constatação de que, durante o Governo Fernando Henrique, o Partido dos Trabalhadores (PT) foi o partido político que mais apresentou inconformidades perante o Supremo Tribunal Federal, que, no decorrer do Governo Lula, passou então a ser provocado, modo reiterado, pelo Partido dos Democratas (DEM) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), evidenciando-se a estratégia adotada pelos atores políticos – notadamente de oposição ao Governo em exercício – de prorrogar o debate inicialmente travado na arena própria, quando insatisfeitos com as medidas adotadas/aprovadas pelo administrador/Parlamento, à esfera jurídica, no âmbito da qual incumbe ao Supremo examinar os litígios apresentados (Vieira, 2008, p. 447-448).

Para além do extenso rol de legitimados à proposição de ação direta de inconstitucionalidade elencado no artigo 103 da Constituição Federal – que inaugurou período distinto daquele no qual a provocação ao desempenho do controle de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, restringia-se ao Procurador-Geral da República –, notabiliza-se a possibilidade de admissão de *amicicuriaie*⁴⁵, autorizando organizações da sociedade civil e demais grupos de interesse a requererem participação em demandas que tramitam na Corte, o

⁴⁵ Nas palavras do professor Cassio Scarpinella Bueno, por ocasião da apresentação de palestra no âmbito de projeto desenvolvido pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação (SAE) do Supremo Tribunal Federal, a manifestação dos *amici curiae*, inobstante não necessariamente imparcial, diz respeito a interesse institucional, perpassando a compreensão de que se limitaria à defesa de determinada causa em benefício próprio, contribuindo ao processo de construção e qualificação do precedente, que será resultado de diálogo travado entre o Judiciário e a sociedade, cujas demandas ver-se-ão corporificadas na participação desta figura. Cassio Scarpinella Bueno fala sobre papel do *amicus curiae* na formação dos precedentes do STF. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 11 de fev. de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481626&ori=1>. Acesso em: 19 ago. 2023.

que aumenta o fluxo de manifestações na tribuna⁴⁶, eleva seu perfil pluralista e potencializa sua voltagem política na condição de terreno de apreciação de controvérsias tradicionalmente debatidas (e mantidas) no setor político. Soma-se à consolidação do caráter democrático do Tribunal a figura da audiência pública, a viabilizar o pronunciamento de indivíduos (acadêmicos, militantes, especialistas etc.) que não mantêm compromisso necessário com argumentos jurídicos, aportando à discussão discursos de natureza técnico-política. Cuida-se de instrumentos que ostentam potencial destacadamente politizador do processo judicial e, via de consequência, expõem a autoridade conferida à Suprema Corte (Vieira, 2008, p. 448).

Transcorrido período ligeiramente superior a um ano desde a promulgação da Constituição de 1988, realizaram-se as primeiras eleições diretas ao cargo de Chefe do Poder Executivo em quase 30 anos, sagrando-se vencedor do pleito eleitoral Fernando Collor de Mello, que, empossado em 15 de março de 1990, adotou como primeira medida de seu mandato a decretação da indisponibilidade, por 18 meses, dos ativos financeiros havidos nas contas bancárias da sociedade em valor superior a cinquenta mil cruzados novos, moeda corrente à época. Cuidando-se de providência que configurava agressivo sequestro de poupança, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, no bojo da qual postulava a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 168, restando indeferido o pleito submetido à apreciação do órgão de vértice. Após convertida a referida Medida Provisória em Lei, tombada sob o nº 8.024 (que instituía o cruzeiro, nova denominação da moeda nacional, e dispunha sobre a liquidez dos ativos financeiros), a Suprema Corte reconheceu a perda de objeto de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade que versava sobre a constitucionalidade da providência, visto que, por ocasião de seu enfrentamento, já devolvidos integralmente os ativos financeiros anteriormente bloqueados (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 176), manifesta a opção dos Ministros, na oportunidade, por postura denominada de autolimitação do exercício da *judicial review*⁴⁷ (Mello, 2004, p. 204-205).

⁴⁶ Entre 1999 e 2014, 2.103 *amici curiae* foram admitidos em ações de competência do Supremo Tribunal Federal no âmbito das quais exercido controle concentrado de constitucionalidade, acumulando-se as manifestações em, aproximadamente, um terço das demandas que exigem da Corte o desempenho de sua função de tribunal constitucional, identificando-se proporção de quase 3 *amici curiae* por processo judicial. No período compreendido entre 1999 e 2005, a porcentagem de ações nas quais admitido ao menos 1 *amicus curiae* superava ligeiramente a marca de 13%, ao passo que, entre 2006 e 2014, constatou-se significativo aumento, atingindo 30%, números que evidenciam relevante tendência de crescimento da participação desta figura em litígios submetidos à apreciação do Tribunal (Almeida, 2015).

⁴⁷ Emerge a autocontenção judicial no exercício do controle de constitucionalidade como método apto a diminuir os elevados níveis de tensão existentes entre o Judiciário e os Poderes majoritários, assegurando o equilíbrio entre o constitucionalismo e a democracia e evitando que a jurisdição constitucional reduza, ou mesmo suprima, espaços políticos que materializam a soberania popular, reforçando o processo democrático no âmbito da

Não tardou para que nova questão de relevante interesse político-social fosse distribuída no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, em virtude de acusações direcionadas ao então Presidente da República sobre seu suposto envolvimento em esquema de corrupção, instaurou-se Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional, durante a qual produzido significativo acervo de provas implicando Fernando Collor de Mello, que restou indiciado e teve seu *impeachment* recomendado. Instaurado o processo competente e afastado temporariamente das funções inerentes à chefia do Poder Executivo, sobreveio sua condenação no Senado Federal, decretando a perda do cargo e a consequente inabilitação ao exercício de funções públicas pelo prazo de oito anos. Na condição de “cartada final”, o advogado que patrocinava a defesa de Collor lê carta na qual este renuncia à cadeira que ocupava no Palácio do Planalto, no intuito de afastar a condenação por perda de objeto e a inabilitação que lhe acompanhava, estratégia esta rejeitada pelo Senado, que, embora tenha declarado a extinção do mandato presidencial pela renúncia e o consequente encerramento do processo de *impeachment* porque prejudicado – considerando que a condenação ostentava o condão de impor a extinção já alcançada pela renúncia –, manteve a inabilitação do acusado ao desempenho de função pública pelo período de oito anos, sob o fundamento de que atingido o quórum de 2/3 (dois terços) por ocasião da votação pelo *impeachment* (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 176-177).

Inconformado com a decisão do Senado Federal, Collor impetrou o Mandado de Segurança nº 21.689/DF perante o Supremo Tribunal Federal, havendo inicialmente empate no resultado do julgamento realizado em dezembro de 1993, prolatados quatro votos pela concessão da segurança e outros quatro por sua denegação. Com o propósito de superar o impasse, suspendeu-se a solenidade e convocaram-se os três mais antigos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que compusessem o quadro de magistrados competentes ao processamento e julgamento da questão controvertida, aportando aos autos três manifestações no sentido do desacolhimento da pretensão perseguida pelo impetrante⁴⁸, mantendo-se a

democracia constitucional (Mello, 2004, p. 205).

⁴⁸ Por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.689/DF, a maioria dos Ministros que compuseram o Plenário da Suprema Corte, na esteira do voto proferido pelo Ministro Relator, Carlos Veloso, adotou entendimento no sentido de que a existência de duas penas (perda do cargo e inabilitação ao exercício da função pública) na hipótese de *impeachment* retiraria o caráter de acessoriedade da segunda (inabilitação, ponto de controvérsia submetido por Fernando Collor de Mello ao Supremo Tribunal Federal). Cuidar-se-iam, portanto, de duas penas autônomas, a inabilitação não restando prejudicada em virtude de eventual renúncia do agente político, invocando-se a disposição do artigo 2º da Lei nº 1.079/50, que prevê: Art. 2º. Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República”. Íntegra da decisão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-collor.pdf>. Acesso em: 18 out. 2023.

solução alcançada pelo Poder Legislativo (Vieira, 1994, p. 109-120).

Em virtude do afastamento de Fernando Collor de Mello, o Vice-Presidente, Itamar Franco, assume definitivamente a chefia do Poder Executivo para completar o mandato de seu antecessor, revelando-se dignos de nota, sob a perspectiva constitucional, dois eventos ocorridos durante o período em que permaneceu na Presidência da República, **(1)** o plebiscito sobre a forma e o regime de governo e **(2)** a revisão constitucional, previstos, respectivamente nos artigos 2^{o49} e 3^{o50} do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 177).

Enquanto o plebiscito tão somente referendou o modelo presidencialista adotado pelo constituinte originário, inexistindo significativa mobilização popular durante o período de campanha que o antecedeu, a revisão constitucional provocou fervorosos debates no espectro político, emergindo três proposições jurídicas distintas: **(a)** o descabimento da revisão em virtude da manutenção do presidencialismo no país, sob o argumento de que seu objetivo se limitava à adequação do texto constitucional em hipótese de alteração do regime de governo, o que não se confirmou; **(b)** a independência entre o resultado do plebiscito e a realização da revisão constitucional, bem como a desnecessidade de que esta observasse os limites impostos pelas cláusulas pétreas nos quatro incisos do artigo 60 da Constituição, que vinculariam tão somente as emendas constitucionais; **(c)** a ausência de relação entre o resultado do plebiscito e a revisão constitucional, esta restrita pelas cláusulas pétreas consagradas no texto promulgado em 1988 e pela consulta plebiscitária que manteve o regime presidencialista. No bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 981/PR, ajuizada pelo então Governador do Estado do Paraná, o Supremo Tribunal Federal, em 17 de dezembro de 1993, confirmou a prevalência da posição intermediária, no sentido de que, inobstante independentes o plebiscito e a revisão constitucional, inadmissível a inobservância das intituladas cláusulas pétreas consagradas pelo constituinte originário no texto a ser revisado, tampouco do regime de governo ratificado pela população brasileira (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 178-179).

A despeito dos acalorados debates provocados pela revisão constitucional, tão somente seis propostas de alteração do texto original foram aprovadas, revelando-se como única deliberação que reclama maior destaque a redução, por meio da Emenda de Revisão nº 5, do mandato presidencial para quatro anos de duração. Encerrado o Governo Itamar Franco, assume

⁴⁹Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País (Brasil, 1988).

⁵⁰Art. 3º A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral (Brasil, 1988).

a Presidência da República seu então Ministro da Fazenda (e líder da equipe responsável pela elaboração do Plano Real) Fernando Henrique, inaugurando-se época de intensas reformas constitucionais, totalizando 35 emendas aprovadas durante os oito anos em que permaneceu ocupando a mais importante cadeira do Palácio do Planalto. Em 2002, Luiz Inácio Lula da Silva sagra-se vencedor do pleito eleitoral e conduz o Partido dos Trabalhadores (PT) pela primeira vez à chefia do Poder Executivo, mantendo-se marcha acelerada no que diz respeito à aprovação de emendas constitucionais, aportando à Carta de 1988 outras 30 alterações no curso dos dois mandatos exercidos por Lula, sobressaindo aquela tombada sob o nº 45/2004 (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 179-181).

Conhecida como “Reforma do Judiciário”, por meio desta: **(a)** restou autorizada a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal edite súmulas vinculantes⁵¹ (a serem obrigatoriamente observadas pelos magistrados e Tribunais), amparadas em sucessivas decisões prolatadas em idêntico sentido pela Corte, no intuito de consolidar posicionamentos sobre questões controvertidas travadas entre diferentes órgãos do Poder Judiciário, ou mesmo entre estes e os demais Poderes, que promovam insegurança jurídica e a multiplicação de demandas acerca do tema; criaram-se **(b)** o instituto da repercussão geral⁵² como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários submetidos ao órgão de vértice, configurando verdadeiro instrumento de filtragem processual, cujo propósito consiste em restringir a apreciação do Supremo Tribunal Federal a insurgências que ostentem relevância social, política, econômica ou jurídica, revelando-se necessária a demonstração de que o debate constitucional

⁵¹ Tanto **(a)** a autorização à edição de súmulas vinculantes, que pretende fortalecer a autoridade da Corte por meio da imposição *ergam omnes* da orientação constante em determinado enunciado, refletindo o posicionamento adotado pelo Tribunal, quanto **(b)** o instituto da repercussão geral, que, cuidando-se de requisito de admissibilidade recursal, viabiliza ao Supremo Tribunal Federal obstaculizar, anualmente, o recebimento de milhares de ações submetidas à sua apreciação em virtude do não preenchimento das condições necessárias ao seu processamento perante a Corte, constituem instrumentos de reação à fragmentação do sistema de controle constitucional vigente em nosso ordenamento jurídico. Lado outro, percebe-se que o advento de tais mecanismos reforça os poderes outorgados ao Supremo, havendo notório perigo de que se transforme em fiscal de suas próprias decisões, cumprindo registrar, por oportuno, a edição da súmula vinculante nº 11, que versa sobre o uso de algemas e regulamenta as circunstâncias que o autorizam, sob pena de nulidade da prisão ou ato processual levado a efeito (e responsabilidade disciplinar, civil e penal da autoridade competente) em caso de inobservância das diretrizes estabelecidas (Vieira, 2008, p. 450).

⁵² Conforme notícia veiculada no *site* do Supremo Tribunal Federal em 03 de janeiro de 2020, 1.078 temas foram encaminhados à apreciação da Corte, desde a criação do instituto, para fins de manifestação sobre a existência da aventada repercussão geral, havidos, à época, 730 temas cuja repercussão geral foi reconhecida e, dentre estes, 419 recursos cujos méritos recursais foram julgados. Promulgada há 15 anos, Reforma do Judiciário trouxe mais celeridade e eficiência à Justiça brasileira. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 03 de jan. de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434106&ori=1>. Acesso em: 16 ago. 2023.

proposto transcende as pretensões dos envolvidos⁵³; e (c) o Conselho Nacional de Justiça⁵⁴, ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais pelos magistrados⁵⁵, dentre outras alterações⁵⁶.

Por oportuno, durante o exercício do primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva, iniciaram-se investigações que culminariam em um dos julgamentos mais relevantes da história do Brasil⁵⁷, em virtude de sua magnitude – decorrente não apenas da natureza dos ilícitos penas sobre os quais versava, mas também dos cargos públicos ocupados pelos indivíduos investigados – deslocando os holofotes ao Supremo Tribunal Federal e evidenciado, modo incontestável, o protagonismo assumido pela Corte no âmbito da ordem constitucional instaurada através da promulgação da Carta de 1988. Inobstante tenha o órgão de vértice na estrutura hierárquica do Poder Judiciário brasileiro desempenhado papel relevante em regimes anteriores, não há cogitar tenha havido período outro em que tão proeminente fosse a posição ocupada pelo Tribunal, constatação que, no entanto, não revela fenômeno – caracterizado pelo avanço do Direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de atuação (e autoridade) do Judiciário em campo no qual até então figurava como protagonista o Legislativo – restrito ao Brasil (Vieira, 2008. p. 442).

Com efeito, acompanhando a tendência das Constituições Indiana de 1950 e Portuguesa de 1976, a atual Constituição Brasileira ostenta traço especialmente peculiar das ordens constitucionais inauguradas por Cartas Políticas notabilizadas por seus textos ambiciosos – próprios do contexto de transição entre regimes (colonial na experiência indiana e ditatoriais

⁵³ Na hipótese de reconhecimento da repercussão geral, permanecem sobrestados todos os recursos em trâmite no país que versam sobre determinada controvérsia, fixando-se, ao final, tese a ser aplicada pelos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário, restando uniformizada a interpretação constitucional acerca de tema específico sem que, para tanto, a Suprema Corte decida incontáveis recursos idênticos.

⁵⁴ A intitulada “Reforma do Judiciário” também criou o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar do Ministério Público. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/69/edicao-1/conselho-nacional-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 18 out. 2023.

⁵⁵ O Supremo Tribunal Federal, em determinadas oportunidades, enfrentou alegações de ofensa à cláusula pétrea disposta no artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece obstáculo intransponível à deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado. Uma das ações (no caso, Direta de Inconstitucionalidade) submetidas à apreciação do órgão de cúpula foi tombada sob o nº 3.367 e sustentava ofensa à forma federativa de Estado em virtude da criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sob o argumento de que, embora estivesse inserido na estrutura da União, exerceria controle administrativo, financeiro e disciplinar sobre Tribunais estaduais, tese esta que restou rechaçada pelo Plenário da Suprema Corte em Sessão de Julgamento realizada em 13 de abril de 2005.

⁵⁶ Promulgada há 15 anos, Reforma do Judiciário trouxe mais celeridade e eficiência à Justiça brasileira. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 03 de jan. de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434106&ori=1>. Acesso em 16 ago. 2023.

⁵⁷ Ação Penal nº 470, popularmente conhecida como “Caso Mensalão”, sobre a qual serão tecidas considerações ainda neste Capítulo.

nas experiências português e brasileira) –, qual seja, a institucionalização de tonificadas jurisdições constitucionais, sobre as quais confiada a salvaguarda dos denominados “pactos de transição”, cuja concretização considera-se vinculada ao cumprimento das pretensões positivadas pelos respectivos constituintes originários nas novas (e substantivas) Cartas de Direitos. Muito embora, como exposto, não se cuide de movimento identificado tão somente no cenário nacional, manifestam-se traços consideravelmente acentuados no processo de expansão da autoridade da Suprema Corte brasileira, à qual, com o advento da Constituição de 1988, considerado apenas seu texto original, atribuiu-se o papel de guardião constitucional – justificado pela pretensão do constituinte originário de proteger o resultado final das atividades desenvolvidas durante a Assembleia de eventuais investidas provenientes da esfera política –, acumulando as funções de **(1)** tribunal constitucional, **(2)** foro especializado e **(3)** órgão de cúpula do Poder Judiciário, sobrevindo, posteriormente, as Emendas Constitucionais nº 03/1993⁵⁸ e nº 45/2005, que robusteceram o papel político do Tribunal, merecendo destaque que, em considerável parcela das democracias contemporâneas, as mencionadas funções são divididas entre instituições distintas (Vieira, 2008, p. 443-447).

No que diz respeito ao exercício da função de tribunal constitucional, incumbe ao Pretório Excelso apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos produzidos nas esferas federal e estadual, a serem questionados por meio do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Igualmente competente para examinar a constitucionalidade de Emendas Constitucionais⁵⁹ sempre que identificado choque entre a alteração constitucional e as cláusulas pétreas consagradas no § 4º do artigo 60 da Carta de 1988, cuidando-se de competência que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a manifestação última sobre temas de matriz constitucional, de modo a diminuir substancialmente o risco de que a Corte seja “circundada” pelo Parlamento em hipótese de discordância quanto ao teor de determinada decisão prolatada,

⁵⁸Merece destaque que, à época da entrada em vigência da Emenda Constitucional nº 03/1993, incluiu-se no artigo 102 da Constituição Federal, que versa sobre as competências do Supremo Tribunal Federal, dispositivo estabelecendo que “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Posteriormente, por meio de alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2005, sobreveio nova redação, retirando a expressão “ato normativo federal” e incluindo as ações diretas de inconstitucionalidade, ampliando-se, a estas, a eficácia contra todos e o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito prolatadas pela Corte. Substituiu-se, ainda, o termo “Poder Executivo” por administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, modificação que representa expansão do rol de atingidos pelas manifestações do Tribunal nas hipóteses de que trata a previsão em comento (Brasil, 1988).

⁵⁹Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, em 1994, o Supremo Tribunal Federal assentou a competência para declarar inconstitucionais Emendas Constitucionais, destacando sua função precípua de guarda da Constituição, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea ‘a’. Na ocasião, declarou-se a inconstitucionalidade de trecho contido na Emenda Constitucional nº 03/93. Íntegra da decisão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 18 out. 2023.

realidade percebida em países cuja estrutura de competências do tribunal constitucional é distinta da adotada no Brasil. Não bastassem as aludidas atribuições, tem-se, ainda, a análise das omissões, denominadas inconstitucionais, do legislador e do administrador, assim como a salvaguarda dos direitos fundamentais através do julgamento de instrumento intitulado mandado de injunção, por meio do qual pretende, aquele que o impetra, seja determinada imediata e direta implementação do direito controvertido (Vieira, 2008, p. 447).

Em relação ao desempenho da atribuição de foro especializado, compete ao Tribunal processar e julgar criminalmente⁶⁰ autoridades do escalão superior dos Poderes da República, atuando como júízo de conhecimento, a exemplo da condução da Ação Penal nº 470⁶¹, sobre a qual, a seguir, debruçar-se-á esta pesquisa. Ocorre que a elevada quantidade de ações criminais instauradas contra atores políticos “de cúpula” – corporificada na constatação de que, em 2008, existentes mais de 250 denúncias oferecidas contra parlamentares perante o Supremo Tribunal Federal – revelaram a ausência de estruturação da Corte para conduzir instruções criminais nomeadamente complexas, circunstância que, inevitavelmente, afasta-a do exercício de suas atividades constitucionais. Este afastamento das tarefas propriamente constitucionais é reforçado pela competência originária outorgada ao Supremo à apreciação de atos secundários dos Poderes Legislativo e Executivo, por vezes relacionadas às suas administrações internas, configurando, nesta perspectiva, instância de “pequenas causas políticas”. Inegável, neste contexto, o oneroso custo gerencial que reclama a atribuição em comento e a excessiva exposição a que submetido em virtude do frequente (e exagerado) envolvimento em controvérsias oriundas dos demais Poderes que desembocam no Tribunal (Vieira, 2008, p. 449).

Não fossem suficientes as funções de tribunal constitucional e foro especializado, desempenha o Supremo Tribunal Federal, ainda, a atribuição de órgão de cúpula ou “última instância judicial”, atividade esta que determina a revisão anual de centenas de milhares de processos julgados pelos tribunais que se encontram em posição inferior na estrutura

⁶⁰ Ainda que incumba ao Supremo Tribunal Federal, como exposto, processar e julgar, no âmbito criminal, determinadas autoridades, cumpre registrar que o *status* ostentado pelo réu impõe à Corte o dever de apreciar ações constitucionais (a exemplo de *habeas corpus* e mandado de segurança), cíveis e demandas outras para além da esfera penal, contexto que consagrou o jargão “foro privilegiado” atribuído ao Tribunal (Vieira, 2008, p. 449).

⁶¹ Durante o julgamento da Ação Penal nº 470, um dos núcleos defensivos argumentou que determinados réus – notadamente aqueles integrantes dos núcleos financeiro e publicitário do esquema criminoso, em que pese não ostentassem prerrogativa de função, estavam sendo julgados originariamente pela Corte, situação que configuraria ofensa ao duplo grau de jurisdição, razão pela qual postulou o desmembramento do julgamento. A despeito das alegações defensivas, o Supremo Tribunal Federal adotou orientação no sentido da impossibilidade de cisão em virtude da natureza dos delitos sobre os quais versava o processo-crime, sob pena de que, caso desmembrado o julgamento, fossem alcançadas pelo Poder Judiciário soluções jurídicas distintas para dois réus denunciados pelo mesmo delito, em idênticas circunstâncias, visto que julgados por Órgãos Jurisdicionais diversos (Streck, 2018, p. 165).

hierárquica do Poder Judiciário, realidade decorrente da coexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, bem como da inexistência de cultura jurídica de valorização do caráter vinculante das decisões judiciais (Vieira, 2008, p. 449). Percebe-se que as alterações promovidas pela Constituição, inegavelmente, alçaram a Corte à posição de absoluta evidência no cenário político brasileiro, revelando-se nítido o processo de transformação que conduziu o Tribunal, no transcorrer dos anos posteriores à promulgação da Carta de 1988, ao posto de uma das mais importantes instâncias políticas do Brasil. Lado outro, as diferentes atribuições conferidas ao Supremo Tribunal Federal obrigaram-no a conciliar a elevadíssima quantidade de processos judiciais⁶² que lhe são remetidos na qualidade de instância revisora das decisões prolatadas pelos demais órgãos jurisdicionais com o exercício do controle de constitucionalidade das leis e a condição de arena de embate político no âmbito da qual atores políticos que integram os Poderes representativos prolongam o debate sobre medidas adotadas na esfera política, conduzindo-o ao âmbito jurídico, havendo, ainda, como exposto, a competência para processar e julgar autoridades do escalão superior dos Poderes da República. Conforme anteriormente exposto, o constituinte originário atribuiu a árdua tarefa de proteção do texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, não permaneceu inerte à convocação que lhe foi dirigida, desempenhando confortavelmente o papel político atribuído a Corte e exercendo o controle de constitucionalidade das leis com notável desenvoltura⁶³ (Veríssimo, 2008, p. 410-412).

⁶²A despeito do acentuado volume de ações remetidas ao Supremo Tribunal Federal, merece destaque a discrepância havida entre os números de processos apreciados pelos Órgãos Colegiados e pelos Ministros por meio de decisões monocráticas. Com efeito, os percentuais referentes ao número de processos julgados pelo Tribunal Pleno em comparação ao total de decisões proferidas pela Corte evidenciam hipótese defiltro informal levado a efeito por seus membros com o objetivo de viabilizar a gestão de processos a serem encaminhados à apreciação dos Órgãos Colegiados (Turmas e Plenário) (Veríssimo, 2008, p. 420-421). A sustentar tal entendimento (que, registre-se, foi alcançada por Marcos Paulo Veríssimo em 2008, quando identificou que, no período compreendido entre janeiro de 2006 e abril de 2008, a média percentual de casos analisados pelo Plenário correspondia a 3,34% do total de julgados pela Corte) estão os números de 2022, ano durante o qual foram prolatadas 87.983 decisões, 75.351 monocráticas (85,64%) e 12.632 colegiadas (14,36%). Em que pese estes números se revelem mais expressivos (devendo-se considerar, no ponto, que os dados levantados pelo autor compararam a quantidade total de processos julgados pelo Tribunal em relação àqueles apreciados tão somente pelo Plenário), constata-se que a conclusão de Veríssimo permanece atual. Ministra Rosa Weber encerra o ano com esperança de mais tolerância e respeito. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 19 de dez. de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499326&ori=1>. Acesso em 22 ago. 2023.

⁶³Esta constatação remete ao perspicaz questionamento formulado por Keith Whittington, mencionado no capítulo anterior desta pesquisa: “Por que os políticos têm estado tão ansiosos para ungir os juízes como intérpretes finais da Constituição, um manto que o poder judiciário tem aceitado com muita felicidade?”. O autor norte-americano menciona que a submissão de controvérsias à apreciação de um Tribunal demonstra o balanço do sistema constitucional, em situações nas quais atores políticos integrantes dos demais Poderes, amparados nas diretrizes constitucionais, pretendem alcançar compreensões convincentes sobre os valores e compromissos fundamentais consagrados no texto constitucional, e ressalva que, embora o Judiciário represente importante ator do processo constitucional, não é o único, e, inobstante as manifestações judiciais sejam frequentemente aquelas que mais reverberam no diálogo sobre o sentido constitucional, não são as únicas que falam em nome da Constituição e

3.3 NOTÁVEIS DECISÕES PROLATADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO ÂMBITO DA ORDEM CONSTITUCIONAL INAUGURADA PELA CARTA DE 1988, EM MOMENTO ANTERIOR AO GOVERNO BOLSONARO

Mantendo no horizonte a pretensão do presente estudo, que ambiciona, a partir da compreensão do processo de ascensão do Supremo Tribunal Federal ao papel de protagonista no âmbito da democracia brasileira estruturada a partir da Carta promulgada em 1988, analisar o comportamento adotado pela Corte durante a trajetória percorrida desde quando lhe fora atribuída, pelo poder constituinte originário, a missão de salvaguardar a Constituição e assegurar a implementação do ousado projeto constitucional contido no documento, a escolha das decisões sobre as quais serão tecidas as seguintes considerações decorreu da identificação de que se prestariam a demonstrar o processo de movimentação ocorrido na conjuntura político-institucional do Brasil, que tirou a Suprema Corte do anonimato e a lançou à condição de arena de embate político, a quem submetida a apreciação de questões extremamente sensíveis e relevantes, frequentemente (mas não apenas) relacionadas à classe política, que, incontestavelmente, adotou como estratégia padrão à remessa de controvérsias estabelecidas no contexto político ao órgão de vértice do Poder Judiciário, circunstância que contribuiu – e muito – à transformação do Tribunal em verdadeira instituição política da República e evidenciou a posição central ocupada em nossa experiência democrático-constitucional, posição esta assumida com notória satisfação pela Suprema Corte.

3.3.1 Ação Penal nº 470

Tornando ao célebre julgamento da Ação Penal nº 470, em junho de 2005, Roberto Jefferson, Deputado Federal à época, concedeu entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, ocasião em que imputou a Delúbio Soares, tesoureiro do Partido dos Trabalhadores (PT), o repasse de quantias prometidas a parlamentares de diferentes partidos políticos, a fim de que votassem favoravelmente às orientações do Governo Federal no Congresso Nacional. Encerradas as investigações, a Procuradoria-Geral da República⁶⁴ atribuiu a 40 acusados a perpetração dos

nem sempre são as melhores (Whittington, 2007, p. 27).

⁶⁴Conforme tese advogada pela Procuradoria-Geral da República, sob o argumento de que necessário saldar pendências financeiras oriundas de diretórios regionais do Partido dos Trabalhadores (PT) – atinentes às campanhas eleitorais de candidatos aos cargos de Deputado Federal e Governador –, componentes do Governo Federal simularam contratos de empréstimos bancários com o Banco Rural, estes oferecidos de forma

delitos de corrupção ativa e passiva, formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e gestão fraudulenta de instituição financeira⁶⁵, especificando a existência de três núcleos distintos de atuação, um de natureza política, liderado por José Dirceu (membro do PT), outro de ordem publicitário/operacional, dirigido por Marcos Valério (proprietário de agência de publicidade que mantinha contratos com a Câmara dos Deputados e o Banco do Brasil), e o terceiro de cunho financeiro, integrado pelos dirigentes do Banco Rural (Streck, 2018, p. 164).

Importa ressaltar questão específica enfrentada pela Suprema Corte por ocasião do julgamento da Ação Penal nº 470⁶⁶, que versa sobre o entendimento adotado pelos Ministros acerca da apreciação da prova. Antes, contudo, necessário apontamento sobre a distinção entre

fracionada, totalizando, se somados, R\$ 32.000.000,00 (trinta e dois milhões de reais). Como garantia, indicaram-se créditos referentes a contratos publicitários mantidos entre agências e órgãos públicos vinculados ao Poder Executivo. Compreendeu o Ministério Público Federal (MPF) a configuração de fraude, tendo em vista que destinados os valores alcançados por meios dos empréstimos à cúpula do núcleo político, que os distribuía aos parlamentares no intuito de assegurar apoio aos projetos políticos propostos pelo Governo, indicando, ademais, que o vínculo estabelecido com os contratos publicitários viabilizara o desvio de verbas públicas ao financiamento do esquema criminoso e a consequente lavagem de dinheiro (Streck, 2018, p. 164).

⁶⁵A Ação Penal nº 470 tramitou durante cinco anos, ao passo que seu julgamento teve duração de um ano e meio, período dentro do qual compreendidas 69 (sessenta e nove) sessões. O rito observado revelou-se *sui generis*, tendo em vista as particularidades que envolviam o processo em questão, assegurada ao Procurador-Geral da República cinco horas à sustentação oral e uma hora para cada núcleo de defensores, questões decididas pelo Ministro Ayres Britto, a quem competiu a presidência do julgamento. Dos 40 denunciados, 26 foram condenados, havendo a suspensão dos mandatos daqueles que exerciam cargo público. Por ocasião do julgamento dos embargos infringentes opostos contra decisão proferida na Ação Penal, o Supremo Tribunal Federal absolveu todos os acusados pela prática do delito de formação de quadrilha (Streck, 2018, p. 165).

⁶⁶Digno de nota, ainda – o que se faz por meio deste rodapé no intuito de assegurar a adequada evolução do texto no caminho que se pretende conduzi-lo –, que, no âmbito do julgamento da Ação Penal nº 470, restou identificada contradição entre a Lei Federal nº 7.492/1986, especificamente quando prescreve conduta que configura o crime de evasão de divisas, e Circular publicada pelo Banco Central, merece destaque a decisão proferida, por ampla maioria, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Conforme denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República, dois acusados perceberam quantia que totalizou R\$ 11.200.000,00 (onze milhões e duzentos mil reais), depositando a maior parte do montante, R\$ 10.800.000,00 (dez milhões e oitocentos mil reais), em conta bancária vinculada à pessoa jurídica pertencente a Marcos Valério (líder do núcleo publicitário/operacional do esquema criminoso engendrado) aberta em país reconhecido como “paraíso fiscal”. Embora o artigo 22 da referida legislação federal estabeleça que a manutenção, no exterior, de depósitos não declarados à repartição federal competente se subsume ao delito de evasão de divisas, prevaleceu o entendimento de que não perpetrado o ilícito penal, na casuística, em virtude do teor de Circular editada pelo Banco Central, que impõe o dever de comunicação de depósitos superiores a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares) no exterior tão somente em 31 de dezembro, fim do ano fiscal. Em que pese havida contradição entre o conteúdo da regulamentação do Banco Central e dispositivo de Lei Federal, depreende-se da decisão absolutória prolatada pelo Tribunal que, caso o agente informe, na data definida pela Autarquia Federal, o depósito mantido no exterior não declarado à repartição competente, não se estará diante de hipótese de crime de evasão de divisas. Poder-se-ia concluir, igualmente a partir do exame da solução jurídica alcançada pela Corte, que o Banco Central acabou por “legislar”, alterando a tipificação de delito disposto pela Lei Federal que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, o que ensejaria, então, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Circular controversa porque atribuída ao Congresso Nacional, pela Carta de 1988, a competência para legislar sobre Direito Penal. No entanto, não foi nenhum destes o caminho adotado pela Suprema Corte – o reconhecimento de antinomia entre a Circular e a Lei Federal nº 7.492/1986, esta hierarquicamente superior, ou a declaração de inconstitucionalidade daquele documento – optando pela solução absolutória com base em Circular incompatível com a legislação federal e a própria Constituição (Streck, 2018, p. 179-180).

juízos por princípios e por políticas⁶⁷. Enquanto no julgamento por princípios o Poder Judiciário reconhece direito específico que socorre a(s) parte(s), direito este inserido em conjuntura mais abrangente da moralidade da comunidade política, no julgamento por políticas, não há o reconhecimento de direito preexistente, fundamentando-se a solução jurídica alcançada em razões desenvolvidas a partir do exame de resultados aptos a promover maior benefício ao bem-estar social, horizonte este que determina a análise do caso submetido ao Órgão Jurisdicional. Em virtude da responsabilidade política do Poder Judiciário, almeja-se que os magistrados profiram decisões sustentadas em argumentos de princípios, isto é, que se limitem a reconhecer direitos, não os criando por meio de motivações subjetivas ou políticas, devendo-se ter em mente que o Direito encontra respostas na legislação, nos princípios

⁶⁷ Em obra denominada “Levando os Direitos a Sério”, Ronald Dworkin (2002, p. 129) estabelece a distinção entre argumentos de princípios e argumentos de políticas, definindo que, enquanto aqueles “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, estes “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. Considerado o Direito como subdivisão da moralidade política, depreende-se que ambos os argumentos de que se fala são políticos em perspectiva abrangente, revelando-se, no entanto, possível a divisão entre argumentos de princípio político, compreendidos como aqueles que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e de procedimento político, os quais exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público (DWORKIN, 2005, p. 6). Conforme define o jusfilósofo norte-americano, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”; e reforça “os princípios são proposições que prescrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, 2005, p. 141). Ao reconhecer que a maioria dos documentos constitucionais contemporâneos prescreve direitos individuais de forma ampla e abstrata, propõe “leitura moral” dos dispositivos, isto é, que sejam interpretados e aplicados a partir da compreensão de que aludem a princípios de decência e justiça (DWORKIN, 2006, p. 2). Em sua tese de doutorado, Francisco José Borges Motta (2014, p. 236) esclarece que a pretensão de Dworkin consiste na inserção da moralidade política no âmbito do direito constitucional, conferindo-se a arranjo institucional que incorpore princípios morais a competência para decidir sobre quem é a autoridade máxima para os interpretar, não se cuidando de condição indispensável à sobrevivência de uma democracia constitucional à atribuição de tal função aos magistrados. Demarcada esta ressalva, adverte que, sendo ou não atribuída aos juízes a função em comento, a estratégia da referida “leitura moral”, por meio da exigência de coerência, ambiciona evitar que se alcancem aos membros do Poder Judiciário ou a qualquer outra instituição democrática poder absoluto que lhes viabilize impor suas convicções morais aos demais membros da comunidade política. Conforme ressalta Motta, Dworkin vincula a necessidade de que as decisões jurídicas sejam fundamentadas por princípios à concepção de legalidade, situada no âmbito de teoria do Direito estruturada a partir da integridade política enquanto valor fundamental. Mantendo no horizonte esta lição, avança ao indicar que, para o jusfilósofo estadunidense, as decisões jurídicas são o produto do complexo de princípios capaz de oferecer a melhor justificativa da prática jurídica como um todo, merecendo destaque a manifestação de Dworkin ao sentenciar que “o ideal norte-americano de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política” (DWORKIN, 2006, p. 9). Orientando-se a partir do entendimento de que ao Poder Judiciário, no âmbito da maioria das democracias constitucionais ocidentais, conferiu-se a qualidade de guardião do arranjo institucional, a *judicial review* garante ao cidadão a apreciação e o enfrentamento das questões mais sensíveis de moralidade política como questões não apenas de poder político, mas de princípios, evidenciando dinâmica por meio da qual se deslocam determinadas controvérsias da batalha política de poder ao fórum de princípio, em espécie de promessa ao indivíduo de que tais questões, em algum momento, tornar-se-ão questões de justiça (MOTTA, 2014, p. 237-238). Especificamente quanto ao fórum de princípio, Dworkin (2005, p. 38-39) salienta tratar-se de ambiente independente acrescentado pelo Estado de Direito à democracia (valores políticos complementares, na visão do jusfilósofo norte-americano) que se presta a confirmar a justiça enquanto questão de direito individual e não, isoladamente, uma questão de bem público.

constitucionais e em precedentes de matriz constitucional, a mera discricionariedade do julgador não se prestando à condução da decisão judicial a sentido que repute, por exemplo, mais adequado ao bem-estar social, nomeadamente porque, posto o Direito, compreensões de ordem moral revelam-se insuficientes à sua eventual retificação (Streck, 2018, p. 166).

Destarte, em virtude da notoriedade do julgamento em comento – decorrente dos altos cargos políticos ocupados por determinados denunciados, dos elevados valores (oriundos dos cofres públicos) envolvidos e da particular complexidade do esquema criminoso organizado –, viu-se o Supremo Tribunal Federal consideravelmente pressionado por diferentes grupos de interesse. E a postura adotada pelos Ministros evidenciou a compreensão de que estavam autorizados a promover a denominada (e famigerada) livre apreciação do conjunto probatório amalhado durante as etapas da persecução penal, a fim de alcançar, cada qual, seu livre convencimento motivado, a despeito da atual redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, alterada por intermédio de reforma realizada no referido Diploma Legal em 2008, que, apesar do emprego da expressão “livre apreciação da prova”, restringe-a àquela produzida sob o crivo do contraditório judicial, explicitando a inadmissibilidade de que sejam motivadas decisões tão somente com base nos substratos informativos colhidos no curso da investigação (Streck, 2018, p. 167-173).

A problemática que emerge a partir da constatação de que certos Ministros externalizaram, no transcorrer do julgamento da Ação Penal nº 470, o entendimento de que admissível a construção de seus respectivos convencimentos motivados à prolação de decisão de forma “livre” é significativamente relevante, uma vez que o prevalecimento desta orientação os afasta do julgamento por princípios e os aproxima daquele por política, manifestamente vinculado à liberdade interpretativa do julgador e, via de consequência, menos próximo da legislação, dos princípios constitucionais e dos precedentes de matriz constitucional. Triunfou, nos pronunciamentos dos membros da Corte, posicionamento de que, inobstante cuide-se o contraditório de princípio consagrado constitucionalmente e a previsão de determinado dispositivo legal restrinja a “livre apreciação da prova” àquela submetida ao filtro deste mesmo contraditório, possível a influência de elementos outros, que não o observaram, à formação do (livre) convencimento motivado, havendo margem ao questionamento sobre se, do modo como proposta a construção da convicção do julgador, não se estaria diante de situação na qual primeiro alcança-se a decisão e, tão somente após, buscam-se os fundamentos que a sustentarão, circunstância que provoca nova indagação, esta acerca da (in)compreensão dos julgadores quanto à responsabilidade política inerente às atividades exercidas pelo Poder Judiciário no âmbito do Estado Democrático de Direito (Streck, 2018, p. 173-176).

Cumpra registrar, ademais, que, por ocasião do julgamento da Ação Penal nº 470, restou consagrado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à automaticidade da cassação do mandato – considerada consequência da sanção imposta – do titular de cargo eletivo criminalmente condenado por conta de sentença transitada em julgado, independentemente, portanto, de manifestação do Poder Legislativo. Posteriormente, quando do enfrentamento da Ação Penal nº 565⁶⁸, o Tribunal alterou o entendimento anteriormente adotado, vinculando a perda do mandato parlamentar à apreciação da Casa Legislativa competente (a depender do cargo eletivo ocupado pelo agente condenado), modificação jurisprudencial embasada na previsão do artigo 55, inciso VI, § 2º, da Constituição Federal⁶⁹ (Streck, 2018, p. 202).

Na oportunidade em que submetida a Ação Penal nº 565 a julgamento perante a Suprema Corte, o Ministro Luís Roberto Barroso declarou que a revisão do posicionamento firmado no âmbito do julgamento da Ação Penal nº 470 colaboraria com o propósito de distensionar a relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, bem como que, a despeito de sua íntima convicção quanto a não se tratar, a superação daquele precedente, da “mais acertada” decisão, dever-se-ia observar o disposto no texto constitucional, cuja redação, ao debruçar-se sobre o tema, condicionou a perda do mandato eletivo, nas hipóteses de condenação criminal em sentença transitada em julgado, à decisão da Casa Legislativa competente, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional⁷⁰ (Streck, 2018, p. 202).

⁶⁸No bojo da Ação Penal nº 565, o então Senador Federal Ivo Cassol restou condenado pelo Supremo Tribunal Federal à privativa de liberdade de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 26 (vinte e seis) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e multa no valor de R\$ 201.817,05 (duzentos e um mil, oitocentos e dezessete reais e cinco centavos), em virtude da prática do delito de fraude a licitações, referente a condutas perpetradas durante mandato exercido entre 1998 e 2002, época na qual ocupou o cargo eletivo de Prefeito de Rolim de Moura, município situado no Estado de Rondônia. Na oportunidade do mencionado julgamento, a Corte transferiu à Casa Legislativa a decisão sobre a cassação do mandato do parlamentar condenado, superando entendimento consagrado em sentido contrário, no âmbito da Ação Penal nº 470. STF muda entendimento sobre perda de mandato em caso Cassol. 09 de ago. de 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/184081/stf-muda-entendimento-sobre-perda-de-mandato-em-caso-cassol>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁶⁹Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. [...] § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (Brasil, 1998).

⁷⁰Quanto à tensão constatada na relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministro Barroso afirmou, durante o julgamento da Ação Penal nº 565, ser preciso “acabar com esse clima de desconfiança. Em parte, esta decisão passando de volta ao Congresso essa competência é uma forma de desanuviar um pouco esta tensão”. E em relação à previsão constitucional que regulamenta o procedimento de perda de mandato eletivo de Deputado ou Senador em caso de condenação criminal transitada em julgado, pontuou “Acho que a condenação criminal, pelo menos acima de um determinado grau de gravidade do delito, deveria ter essa consequência automática. Mas a Constituição diz o contrário. O dia que a Constituição for o que os intérpretes quiserem independentemente do texto, nós vamos cair numa situação muito perigosa” (Streck, 2018, p. 202).

3.3.2 Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326

Registrada esta transposição do curso jurisprudencial, avança-se à Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326, popularmente intitulada de “O Caso Donadon”. A ação constitucional em questão foi submetida ao exame da Corte pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) porque, condenado o Deputado Federal Natan Donadon à privativa de liberdade de 13 (treze) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, a Casa Legislativa competente manteve o mandato do parlamentar⁷¹, exercendo prerrogativa que lhe foi atribuída pelo artigo 55, inciso VI, § 2º, da Constituição Federal e ratificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Penal nº 565. Requereu-se o reconhecimento da cassação do mandato parlamentar sob o argumento de que tanto não estaria sujeito à decisão do Plenário da Câmara dos Deputados, mas à declaração da Mesa, amparando-se a tese sustentada na constatação de que, por força da Emenda Constitucional nº 35/2001, tornou-se desnecessária prévia autorização da Casa Legislativa à inauguração de processo penal contra mandatário de cargo eletivo, reforma do texto constitucional esta que, via de consequência, teria tornado inaplicável o procedimento previsto no § 2º do artigo 55 à hipótese, não mais subsistindo a exigência de deliberação, pelo Plenário, quanto à perda de mandato em hipóteses de condenação criminal definitiva⁷² (Streck, 2018, p. 201).

Inobstante houvesse prolatado voto no sentido da atribuição à Casa Legislativa da competência para decidir sobre a perda, ou não, de mandato exercido por parlamentar condenado criminalmente por meio de sentença transitada em julgado – pronunciamento amparado, à época, na previsão do artigo 55, inciso VI, § 2º da Carta de 1988 –, o Ministro Barroso, em análise monocrática do pedido liminar contido nos autos da ação constitucional que lhe foi distribuída, suspendeu os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados, que se manifestou pela manutenção do cargo eletivo desempenhado por Natan Donadon.

⁷¹ Câmara mantém mandato do Deputado Natan Donadon, preso há dois meses. Brasília, 29 de ago. de 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/413103-camara-mantem-mandato-do-deputado-natan-donadon-presos-ha-dois-meses/>. Acesso em: 23 ago. 2023.

⁷² Tal conclusão foi alcançada por meio da compreensão de que a reforma promovida no texto constitucional através da Emenda nº 35/2001 teria adequado o disposto no § 2º do artigo 55 da Constituição – que condiciona a perda do mandato parlamentar à decisão pela Casa Legislativa competente, por maioria absoluta – a preceitos constitucionais como a autoridade do Poder Judiciário, preconizada no artigo 2º, o respeito à coisa julgada, disposto no inciso XXXVI do artigo 5º e a imprescindibilidade de gozo dos direitos políticos como condição de elegibilidade, prevista no inciso II do § 3º do artigo 14, esta última prejudicada em virtude da superveniência de sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do inciso III do artigo 15. Desenvolvido este raciocínio, advogou-se a tese de que, nas hipóteses de condenação criminal definitiva, a cassação do mandato dependeria tão somente de declaração pela Mesa da Casa Legislativa (Streck, 2018, p. 201).

Fundamentou a solução jurídica alcançada na compreensão de que existente exceção à norma constitucional (e à própria manifestação do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal nº 565), esta consistente nas situações em que a condenação criminal definitiva impõe ao agente privativa de liberdade a ser cumprida em regime fechado por período superior àquele remanescente do mandato parlamentar, circunstância que determinaria a impossibilidade jurídica e fática de exercício do *mínus* e, via de consequência, tornaria o pronunciamento da Casa Legislativa competente meramente declaratório (Streck, 2018, p. 201-202).

A decisão em comento, para além de expor o reconhecimento de exceção não prevista no texto constitucional, tampouco em legislação infraconstitucional ou mesmo na manifestação do Plenário da Corte quando declarou a incidência do disposto no artigo 55, inciso VI, § 2º, da Constituição Federal às hipóteses de condenação criminal definitiva de mandatário de cargo eletivo (Streck, 2018, p. 204), evidencia o afastamento do julgamento por princípios e a aproximação daquele que se realiza por política, absolutamente condicionado, na casuística sob exame, à liberdade interpretativa do julgador e distante da legislação, dos princípios constitucionais e dos precedentes de matriz constitucional, revelando a incidência de orientação amplamente externalizada por diferentes Ministros durante o julgamento da Ação Penal nº 470.

A concessão da medida liminar postulada, incontestavelmente, vai de encontro à expressa disposição consagrada pelo constituinte originário, que atribuiu à Casa Legislativa, nas hipóteses de condenação criminal definitiva, a competência para deliberar sobre a cassação do mandato do parlamentar condenado, opção esta amparada na separação de Poderes, acolhida na Carta de 1988 como cláusula pétrea. Este o contexto que provocou Lenio Luiz Streck (2018, p. 204-206) a advertir que toda ofensa ao texto constitucional configura risco à democracia, que, diversamente do imaginário popular – no âmbito do qual reconhecida enquanto processo que se encerra no momento de sua “conquista” –, cuida-se de instituto oscilante, exposto a avanços e retrocessos, continuidades ou rupturas, conclusão que se depreende da história constitucional brasileira e exige o enfrentamento da temática sob perspectiva de lutas políticas.

A advertência formulada avança ao indicar a inadmissibilidade, em um regime democrático, fundado nas diretrizes estabelecidas pela norma constitucional, de condutas que classifica como ativismo judicial⁷³, sob pena de violação às “regras do jogo democrático”,

⁷³O ativismo judicial decorre das posturas adotadas pelos juízes para além dos limites constitucionais e, inobstante seu reconhecimento tenha estreita relação com a judicialização da política – uma vez que o maior volume de demandas submetidas à apreciação do Judiciário estimula a consolidação de ambiente no qual se tem maior interferência judicial –, não deve com ela ser confundido (Tassinari 2012, p. 22-26), revelando-se esclarecedora a definição de Lenio Streck (2011, p. 589) quando afirma que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”.

ressaltando, ainda, que a adoção de “argumentos metajurídicos” – que, na visão do autor, representam pretensão de moralizar o Direito – evidencia a eleição de postura distante da normatividade pelo Tribunal que daqueles se vale à fundamentação de suas decisões e enfraquece o Direito ao afastá-lo da tradição e instrumentalizá-lo, concluindo que, assim como o positivismo legalista ostenta *deficit* democrático porque, ao não diferenciar texto e norma, eleva o legislador à condição de plenipotenciário, pronunciamentos judiciais tais como o objeto da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326⁷⁴ igualmente o envergam. Por fim, tendo em vista que se trata a democracia de empreendimento que exige constante vigilância e consiste em longa jornada, aponta a prolação de decisões fundamentadas tão somente em argumentos jurídicos como melhor via à manutenção da higidez democrática, assegurando-se à sociedade, assim, o respeito à Constituição independentemente de compreensões morais de ordem pessoal (Streck, 2018, p. 204-206).

3.3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526

Ainda versando sobre questões atinentes a mandatos parlamentares, merece destaque a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526, ajuizada pelos Partidos Progressista (PP), Social Cristão (PSC) e Solidariedade, no bojo da qual postulada interpretação conforme a Constituição aos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, pretendendo-se a consolidação de posicionamento do Tribunal no sentido da necessidade de submissão, à Casa Legislativa competente, das decisões proferidas pelo Judiciário que decretam medidas cautelares (cujo resultado prático imponha afastamento total ou parcial do exercício das funções parlamentares) em desfavor de mandatários de cargo eletivo, a fim de que, no prazo de 24 horas, deliberem seus pares sobre as cautelares diversas da prisão. O pano de fundo do ajuizamento da referida Ação Direta é a decisão prolatada nos autos da Ação Cautelar nº 4.070⁷⁵ pelo Ministro Teori

⁷⁴ Digno de nota que, por ocasião da análise do mérito do Mandado de Segurança nº 32.326, o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, julgou prejudicada a ação mandamental, merecendo destaque trecho de sua fundamentação, que contextualiza o motivo pelo qual a demanda perdeu seu objeto: “[...] o deferimento da medida liminar permitiu que o Poder Legislativo fizesse um novo exame da matéria, já à luz dos elementos constitucionais que tornavam inviável, no caso, a manutenção do mandato parlamentar. Nessa nova oportunidade, a Câmara dos Deputados determinou a perda do mandato pela expressiva maioria de 467 votos favoráveis e nenhum voto contrário, computando-se uma abstenção. Esse tipo de diálogo institucional demonstra que a relação entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal pode ser marcada por saudável complementariedade, em benefício da efetiva concretização das exigências constitucionais”. Íntegra da decisão disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=208788045&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁷⁵ Conforme tese sustentada pela Procuradoria-Geral da República, que amparou o ajuizamento da Ação Cautelar nº 4.070, o Deputado Estadual Eduardo Cunha teria atuado com desvio de finalidade para atender a interesses próprios, coagindo testemunhas e objetivando interferir em investigações de natureza disciplinar e penal (Streck,

Zavascki – que determinou o afastamento⁷⁶ do à época Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha –, posteriormente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que houve a inclusão em pauta da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526 em data muito próxima (11 de outubro de 2017) àquela na qual a 1ª Turma do Pretório Excelso determinou o afastamento do então Senador Federal Aécio Neves (26 de setembro de 2017)⁷⁷, decisão esta **(a)** proferida no contexto de investigação levada a efeito a partir de depoimentos prestados sob o manto da colaboração premiada – que o indicaram como responsável por solicitar ao empresário Joesley Batista a quantia de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para fins de adimplir honorários advocatícios referentes a serviços prestados por seus defensores em casos vinculados à famigerada “Operação Lava Jato” - e **(b)** que colaborou à veiculação pela mídia de matérias dedicadas a tratar sobre a instauração de crise entre os Poderes Legislativo e Judiciário (Streck, 2018, p. 285-286).

A decisão prolatada pelo Plenário da Suprema Corte, em 11 de outubro de 2017, assentou entendimento de que o Poder Judiciário detém competência para impor medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, em desfavor de mandatários de cargo eletivo, devendo, no entanto, encaminhar à Casa Legislativa competente – entendida como aquela que o parlamentar contra quem decretada(s) a(s) cautelar(es) integra – a determinação judicial sempre que sua execução obste, direta ou indiretamente, o desempenho da função pública, cabendo aos seus pares a deliberação sobre a confirmação, ou não, das medidas impostas. A tese triunfante⁷⁸, ainda que existentes pontos

p. 2018, p. 286).

⁷⁶ O Ministro Teori Zavascki apontou, em sua decisão, a existência de indícios de que o Deputado Estadual Eduardo Cunha, em virtude não apenas do exercício do mandato eletivo, mas também, e principalmente, da função de Presidente da Câmara, ostentaria meios aptos a obstruir investigações e a adequada colheita de provas, intimidar testemunhas e impedir, ainda que de modo indireto, a regular tramitação de ação penal que se encontrava em curso no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de modo que imprescindível o afastamento do parlamentar (no intuito de que não restasse frustrada a persecução penal) sem que tanto configurasse interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Legislativo, salientando, para fins de rechaçar eventuais alegações no sentido indicado, não gozarem os mandatários de cargo eletivo de autonomia ilimitada (Streck, 2018, p. 286).

⁷⁷ Tratou-se de decisão apertada, por 3 votos a 2, triunfando as teses advogadas pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, ao passo que os Ministros Marco Aurélio Mello, Relator, e Alexandre de Moraes – que negaram o pleito formulado pela Procuradoria-Geral da República de afastamento do então Senador Aécio Neves – restaram vencidos (Streck, 2018, p. 286).

⁷⁸ Digno de nota o posicionamento envergado pelo Ministro Dias Toffoli, que, versando sobre a previsão consagrada no artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, manifestou-se no sentido da incidência da regra constitucional de submissão da prisão em flagrante de parlamentar à deliberação da Casa Legislativa a que pertence também às hipóteses em que decretadas medidas cautelares diversas da prisão, sob o argumento de que o controle político de que trata o referido dispositivo constitucional ambiciona tutelar o livre exercício do mandato eletivo em face de eventuais interferências externas, razão pela qual delega a decisão final – de manutenção ou rejeição da determinação judicial – ao juízo discricionário do Poder Legislativo. Cumpre registrar, ainda, o entendimento externalizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, limitando a necessidade de submissão das medidas cautelares diversas da prisão à apreciação do Parlamento às situações em que

divergentes entre as decisões dos Ministros⁷⁹ que compuseram a maioria e conduziram a fixação do entendimento anteriormente exposto, amparou-se na previsão do artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, que determina a obrigatoriedade de que, nas hipóteses de prisão em flagrante por crime inafiançável, o Poder Judiciário remeta os respectivos autos, no prazo de 24 horas, ao Poder Legislativo (nomeadamente à Casa do Congresso Nacional competente) para que este resolva sobre a medida extrema pelo voto da maioria de seus integrantes (Streck, 2018, p. 289).

Exposto o cenário especialmente sensível em que inserido o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526, Lenio Streck (2018, p. 290) ressalva a necessidade, sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito⁸⁰, de que, no âmbito de uma democracia, adote-se “certo grau de ortodoxia constitucional”, notadamente quando travado diálogo institucional que se revela delicado em virtude das tensões havidas entre os Poderes que compõem o Estado Democrático de Direito, tensões estas potencializadas pela característica que evidencia a especificidade do modelo brasileiro: o presidencialismo de coalizão⁸¹. Alerta, ainda, que

promovessem cerceamento ao desempenho das atividades parlamentares, compreendendo que, em hipóteses outras, admissível a imposição de medidas pelo Poder Judiciário sem posterior pronunciamento do Legislativo. No mesmo norte, a Ministra Cármen Lúcia restringiu a remessa da determinação judicial ao escrutínio do controle político à eventual incidência do inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal, que trata sobre a suspensão do exercício de função pública quando existente justo receio de que utilizada à perpetração de ilícitos penais (Streck, 2018, p. 289).

⁷⁹O Ministro Alexandre de Moraes expôs entendimento no sentido de que inadmissível a decretação, em desfavor de parlamentar, de medidas cautelares diversas da prisão que, por sua natureza, impusessem o afastamento do mandato eletivo desempenhado, enquanto o Ministro Marco Aurélio Mello sustentou a inaplicabilidade, pelo Poder Judiciário, em qualquer hipótese, das cautelares dispostas no artigo 319 do Estatuto Penal Adjetivo contra membros do Poder Legislativo. Vencidos no ponto em comento, acompanharam a tese vencedora, de que necessária a remessa da decisão que decreta medidas cautelares (cujo resultado prático imponha afastamento total ou parcial do exercício das funções parlamentares) à Casa Legislativa competente, a fim de que delibere sobre a manifestação judicial, ratificando-a ou rejeitando-a (Streck, 2018, p. 289).

⁸⁰Conforme esclarece Lenio Luiz Streck (2018, p. 893), fundador da Crítica Hermenêutica do Direito, trata-se de matriz teórica que, amparada na filosofia, notadamente na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, viabiliza exame crítico do fenômeno jurídico. O autor ressalta que a matriz teórica em questão – a qual sofre influências de Luis Alberto Warat no que diz respeito à sua crítica ao senso comum teórico e incorpora a noção de coerência e integridade advinda de Ronald Dworkin – dedica-se ao direito com fundamentos filosóficos e de teoria do direito. Em relação ao aspecto metodológico, refere desenvolver-se sob o prisma do método fenomenológico hermenêutico, sustentando que o ponto nuclear que justifica a adoção de tal metodologia consiste na ruptura com as tradicionais estruturas metodológicas da modernidade, as quais apontariam compreensões de certeza e segurança próprias da matematicidade do pensamento moderno. Em sentido diametralmente oposto, encontrar-se-ia o método fenomenológico hermenêutico, que demanda um modo de filosofar, admitindo os caminhos metodológicos como precários e provisórios, isto é, dos quais não se ostenta absoluta apreensão e domínio. Streck sintetiza: “revolve-se o chão linguístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno”.

⁸¹Sérgio Henrique Hudson de Abranches (1988, p. 19-30) emprega a expressão “presidencialismo de coalizão” no intuito de individualizar a experiência brasileira, que, para além de compatibilizar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial” (compreendido como aquele que se funda na independência entre os Poderes, quando não na hegemonia do Poder Executivo, e arquiteta os ministérios a partir de amplas coalizões), organiza o próprio Executivo em grandes coalizões, podendo-se, aqui, tratá-lo como “presidencialismo mitigado” pelo controle do Legislativo sobre “o gabinete” (analogia que se refere ao termo *cabinetgovernment*, autorizada tradução para “presidencialismo de gabinete”), igualmente constituindo – o

decisões pragmáticas tendem a originar problemas, reclamando atenção, na hipótese sob análise, as notáveis divergências havidas entre os Ministros que à época integravam a Suprema Corte, identificando “enorme ginástica interpretativa” desenvolvida no bojo de determinados votos, que, na compreensão do autor, determinaram inicialmente a conclusão de suas manifestações e, posteriormente, elaboraram a fundamentação que a sustentaria⁸². Na esteira da análise “mais ortodoxa” recomendada, considera óbvia a resposta “correta” (adjetivo empregado pelo autor) a ser alcançada pelo Judiciário aos casos (em comento) submetidos à sua apreciação, visto que, a partir da leitura dos dispositivos constitucionais, depreende-se não ter sido conferida, pelo constituinte originário, ao Supremo Tribunal Federal a competência para afastar parlamentares, revelando-se inadmissível que as decisões judiciais determinem como marco inicial qualquer outro aspecto (econômico, político, moral etc.) que não o Direito e intolerável proposta de releitura, pelos integrantes do Tribunal, das modalidades de suspensão de mandato eletivo e prisão de membros do Poder Legislativo.

Evolui, em sua crítica, ao invocar – tal como quando da apreciação da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326/DF – as regras do jogo democrático, anunciando que a

controle político – este mesmo gabinete por meio de grandes coalizões. O autor esclarece, que, para além da existência de dois eixos (partidário e regional/estadual) na lógica de formação das coalizões, fator relevante a ser considerado são os efeitos políticos decorrentes da vigência de ordem constitucional amparada em texto que transborda o plano dos direitos fundamentais e avança na incorporação de “privilégios e prerrogativas particulares, bem como questões substantivas”, de modo que pretende o governo, mesmo no eixo partidário-parlamentar, controlar ao menos a maioria qualificada que lhe permita bloquear ou realizar reformas constitucionais. Cumpre registrar, ainda, a advertência formulada por Sérgio Abranches no sentido de que, em estruturas políticas e sociais de maior heterogeneidade e conflito (caso brasileiro), diversamente daquelas mais homogêneas e estáveis (no âmbito das quais se buscam coalizões compostas por menos parceiros, mas que estes mantenham estreita compreensão sobre aspectos ideológicos e programáticos), a estratégia dedica-se a coalizões que admitem maior número de parceiros e maior diversidade ideológica e programática, circunstâncias que, no entanto, elevam significativamente a probabilidade de instabilidades e a complexidade das negociações a serem desenvolvidas. Por fim, o autor aponta dois caminhos por meio dos quais a coalizão pode romper: (1) abandono dos parceiros menores que a compõem, momento a partir do qual o Presidente ampara seu governo tão somente no partido que integra e se vê obrigado a alinhar-se às posições majoritárias; ou (2) rompimento do Presidente com o partido sob a legenda do qual concorreu no pleito eleitoral, situação em que sustenta seu governo nos partidos minoritários, a cujos quadros é estranho. Em qualquer dos contextos delineados, o resultado, em nível de intensidade variável, é o enfraquecimento da autoridade executiva e o aumento do potencial de conflito entre os Poderes Executivo e Legislativo.

⁸² No intuito de demonstrar o alegado, Lenio Streck (2018, p. 287) indica o voto do Relator, Ministro Edson Fachin, que se posicionou no sentido da improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o argumento de que a Suprema Corte deve atentar, modo prevalente, à previsão constitucional que determina aos Entes Federados não sejam promovidas distinções entre brasileiros na aplicação das normas constitucionais, a fim de evitar privilégios pessoais e imunidades extensivas em prol de parlamentares se comparados aos cidadãos comuns, invocando, para tanto, as disposições dos artigos 19, inciso III, e 34, inciso VII, alínea ‘a’, da Constituição Federal. Fundamentou, ademais, o Ministro Relator, a inaplicabilidade do artigo 53, § 2º, da Lei Maior à situação examinada, visto que tal dispositivo constitucional versa sobre a prisão em flagrante, não se enquadrando aos casos em que decretadas medidas cautelares diversas da prisão pelo Poder Judiciário, e que a competência atribuída pelo constituinte originário às Casas Legislativas para sustar a tramitação de ação penal inaugurada contra seus membros (Deputados e Senadores) por delito perpetrado após a diplomação não se estende à possibilidade de deliberar (e, eventualmente, sustar) cautelares de natureza penal impostas em desfavor de parlamentares.

obediência aos limites impostos pelo texto constitucional nada mais é do que respeito à normatividade do Direito, consagrada, no caso brasileiro, na Carta de 1988, e segurança de que atuam, modo efetivo, como obstáculo a eventual protagonismo exacerbado (que está para além da inevitável consequência da judicialização do Direito) ostentado pelo Poder Judiciário, cuidando-se, última análise, de “questão de democracia”, havendo verdadeiro perigo democrático sempre que ampliadas ou superadas as balizas semânticas estabelecidas pelo constituinte originário, cumprindo relembrar a existência de “dimensão substantiva” dos limites determinados pelo texto constitucional que não se encontra à livre disposição das maiorias de cada momento, a quem não restou autorizado convencená-las a partir de suas esferas de discricionariedade, havendo necessária vinculação dos magistrados à Constituição (Streck, 2018, p. 291-293).

3.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510

Na esteira da análise sobre posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal na quadra histórica em que vigente a ordem constitucional inaugurada por meio da promulgação da Carta de 1988 – no âmbito da qual, conforme exposto anteriormente neste capítulo, assumido notório protagonismo pela Corte –, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510⁸³, popularmente conhecido como “caso das células-tronco”. Na oportunidade daquele julgamento, ocorrido no ano de 2008, o então advogado Luís Roberto Barroso envergou a tese de que deveria a Suprema Corte sopesar as circunstâncias de que a legislação controvertida (nº 11.105/2005) foi aprovada por notável maioria do Congresso Nacional, bem como de que observado procedimento que envolveu a promoção de audiências públicas, no bojo das quais assegurada oportunidade de manifestação a distintos posicionamentos acerca do tema, e intensos debates, razões pelas quais, não constatada flagrante inconstitucionalidade no texto legal, recomendada a adoção de postura deferente pelo Poder Judiciário, abstendo-se, portanto, de considerar a possibilidade de substituir a escolha legislativa pela sua. Posta esta argumentação, em momento anterior à prolação do voto, a Ministra Cármen Lúcia (no que explicitamente acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio Mello) rechaçou-a, não admitindo debate, comum em Cortes

⁸³A Procuradoria-Geral da República sustentou a tese de que o artigo 5º da Lei de Biossegurança (nº 11.105/2005) – que faculta a utilização de células-tronco embrionárias oriundas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento – violaria os direitos constitucionalmente consagrados à vida e a dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de que se cuida o embrião de vida humana. *Mês da Mulher: STF libera o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas*. Brasília, 31 de mar. de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504929&ori=1>. Acesso em: 27 ago. 2023.

Constitucionais estrangeiras, acerca da eventual adoção de postura deferente pelo Tribunal. Neste particular, o professor Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 452) ressalta ter sido a primeira oportunidade em que, modo explícito, a Corte rejeitou a discussão sobre a necessidade de eleger conduta deferente⁸⁴ – que mantém relação com o respeito demonstrado pelo Poder Judiciário às opções legislativas e à separação de poderes estatuída sob inequívocos parâmetros, estes aptos a recordá-lo de que não lhe foi conferida atribuição para inovar na ordem jurídica –, evidenciando a compreensão do Tribunal sobre sua competência não apenas para declarar a inconstitucionalidade de decisões parlamentares que contrariam as diretrizes constitucionais, mas também para aferir a “qualidade constitucional” das escolhas legislativas a partir de comparação com potenciais soluções que repute viáveis, substituindo aquelas por estas últimas caso, ao final da aferição, conclua serem “melhores”.

Outro aspecto destacado diz respeito à “liberalidade” na aceitação dos *amicicuriae* pelos Ministros, a revelar inegável processo de democratização promovido pela própria Corte, que acaba por criar arena discursiva de caráter notadamente político, no âmbito da qual, após travados os debates propostos pelas organizações da sociedade civil e pelas partes envolvidas na ação, sobrevém, como resultado, decisão político-jurídica, de modo a alterar o panorama tradicional de discussões – que historicamente identifica como personagens o parlamento, os partidos políticos e, via de consequência, a regra da maioria –, pelos atores da sociedade civil, as regras de interpretação constitucional e, modo destacado, o Supremo Tribunal Federal. E neste cenário de abertura é que se realizou a primeira audiência pública (a pedido de determinada organização da sociedade civil atuante no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 na qualidade de *amicuscuriae*) da história do Tribunal, evento que escancara sua pretensão de estender a base de legitimidade das decisões proferidas (que repercutem intensamente na esfera política) e o delicado desafio que a opção por esta postura impõe, porquanto, em decorrência de tal comportamento, torna-se alvo de macroscópica exposição pública e se submete a diferentes padrões de escrutínio, passando a ser “cobrado”

⁸⁴Se, por um lado, o respeito ao princípio democrático não deve ser considerado óbice ao reconhecimento, pelos magistrados, da nulidade de determinados atos normativos ou leis praticados pelas instituições majoritárias, sempre que identificada sua inconstitucionalidade, por outro, tem-se amplo espaço de discricionariedade assegurado pela Constituição aos poderes democráticos no desempenho da atividade de concretização dos princípios, diretrizes e regras emanados do texto constitucional, espaço este que, apesar do papel designado aos tribunais de exercício do controle de constitucionalidade, se usurpado em decorrência de eventual postura ativista adotada pelo Judiciário como se fosse o intérprete exclusivo das normas constitucionais, provocaria o desequilíbrio entre constitucionalismo e democracia. A partir desta compreensão sobre o risco que o ativismo judicial significa ao equilíbrio das forças em tensão, revela-se a implementação da doutrina da *self-restraint* como mecanismo para garantir a vitalidade das democracias constitucionais, razão pela qual Bickel, em sua obra *The Least Dangerous Branch*, intitulou as técnicas de autocontenção como *virtudes passivas* da justiça constitucional (Mello, 2004, p. 206).

pelas consequências de suas decisões, uma vez que não mais desempenha tão somente a autoridade de preservar as regras, mas prolata decisões de grande magnitude, contexto que expõe as tensões internas e potenciais fragilidades da Corte (Vieira, 2008, p. 453).

Por fim, ainda no que diz respeito à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, questão que atraiu a atenção trata sobre a exploração do televisionamento do julgamento por determinados Ministros⁸⁵, que, valendo-se desta veiculação, propuseram discursos com carga nomeadamente política em momento no qual o resultado da demanda já se encontrava definido, circunstância que, para além de ressaltar aspecto (transmissão das sessões de julgamento por meio de canal de televisão) que diferencia o Supremo Tribunal Federal da quase totalidade das demais Cortes Constitucionais, ostenta o condão de provocar reflexões acerca do impacto que dita publicidade exerce sobre a postura adotada pelos membros do Tribunal (Vieira, 2008, p. 453-454). Neste particular, a já mencionada Ação Penal nº 470 foi palco de condutas surpreendentes pelos integrantes da Suprema Corte, tais como a discussão – para muito além da esfera jurídica – travada entre os Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski questionando, um ao outro, eventual parcialidade⁸⁶, tudo flagrado pelas câmeras da TV Justiça e testemunhado pelos telespectadores, não sendo diferente por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.394, quando Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes mantiveram acalorada discordância⁸⁷, situação que, diga-se, há muito faz parte do cotidiano do Tribunal⁸⁸, mas que restou incontestavelmente potencializada após a identificação (considerado como marco o famigerado “Caso Mensalão”), pelos Ministros, de que a veiculação midiática dos julgamentos realizados no âmbito do Supremo Tribunal Federal envergava a capacidade de lhes conceder popularidade – nas perspectivas institucional e pessoal – e força política, contexto que notoriamente influenciou em manifestações expressamente políticas protagonizadas pelos magistrados, confirmando não apenas o surgimento e a consolidação da Corte como arena de embate político, mas também, como apontado pelo professor Oscar Vilhena Vieira, expondo

⁸⁵ Os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Antonio Cezar Peluso – que compunham a minoria cujo entendimento sustentado no bojo do julgamento em comento restou superado –, através da invocação da doutrina da interpretação conforme a constituição, propuseram fossem elaborados mecanismos aptos a elevar o nível de rigor da fiscalização exercida sobre as pesquisas com células-tronco (medida que limitaria consideravelmente o espectro de eficácia da legislação controvertida), em manifestação carregada de pretensões de cunho político, visto que, àquela altura, encontrava-se definido o resultado do julgamento.

⁸⁶ Joaquim Barbosa diz que Lewandowski faz chicana no STF. 16 ago. 2013. Disponível em: <https://exame.com/brasil/joaquim-barbosa-diz-que-lewandowski-faz-chicana-no-stf/>. Acesso em: 28 ago. 2023.

⁸⁷ Barroso e Gilmar trocam ofensas no plenário do STF. 21 de mar. de 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/vossa-excelencia-e-uma-desonra-para-o-tribunal-diz-barroso-para-gilmar/>. Acesso em: 28 ago. 2023.

⁸⁸ Relembre outros bate-bocas entre Ministros do STF. 27 de out. de 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/relembre-outros-bate-bocas-entre-ministros-do-stf>. Acesso em: 28 ago. 2023.

suas tensões internas e potenciais fragilidades⁸⁹ (Glezer, 2021, p. 54-56).

3.4 BREVE NOTA INTRODUTÓRIA AO CAPÍTULO 4

Ao examinar a experiência brasileira no que diz respeito ao protagonismo conferido ao Poder Judiciário no processo de transição democrática, notadamente considerando a concentração das três funções jurisdicionais anteriormente citadas (tribunal constitucional, foro especializado e órgão de cúpula) do Poder Judiciário e a significativa ampliação do rol de legitimados a provocar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103 da Constituição, o professor Oscar Vilhena (2018, p. 138) desenvolveu a expressão “Supremocracia”, que **(a)** consiste no inédito poder atribuído à Suprema Corte para que se manifeste, em última instância – não apenas no sentido jurídico, mas na acepção literal –, acerca de decisões oriundas dos Poderes Legislativo e Executivo que versam sobre temáticas relevantes e, não raro, efervescentes no debate público, bem como **(b)** decorre da crescente desconfiança social em relação aos Poderes representativos. Ademais, vê-se potencializada a denominada “Supremocracia” pela **(1)** extensa discricionariedade havida no contexto nacional, em que inexistente cultura de precedentes consolidada, **(2)** considerável dificuldade demonstrada pelo Poder Judiciário de assentar *standards* interpretativos e **(3)** notável pretensão de incursionar em assuntos que não foram submetidos pelas partes à sua apreciação⁹⁰.

Ocorre que, cuidando-se este movimento de centralização de poderes (e expectativas) no espectro judicial, nomeadamente no Supremo Tribunal Federal, sobrevêm dificuldades de

⁸⁹ Cumpre registrar que, após o julgamento da Ação Penal nº 470, os Ministros da Suprema Corte concordaram em julgar ações penais no âmbito das respectivas Turmas, em vez de as submeterem à pauta do Plenário, revelando-se pertinente cogitar que tal medida tenha sido adotada no intuito de amenizar a exposição midiática das sessões de julgamento, tendo em vista que aquelas realizadas por cada Órgão Fracionário não são veiculadas pela TV Justiça, cuidando-se (caso acertada a suposição lançada) de providência de autoproteção da Corte para evitar que discordâncias havidas entre seus membros fossem alçadas ao *status* de debates de natureza pessoal, receio justificado pelo impacto das decisões prolatada sobre o debate público (Glezer, 2021, p. 60).

⁹⁰No ponto, merece destaque a orientação consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.358-MC/DF (DJU de 26.04.1996), no sentido de não se encontrar restrito aos fundamentos desenvolvidos pelo autor nas hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade, sob o argumento de que se trata de processo objetivo, no bojo do qual se debate dispositivo legal em específico, inexistindo partes tais como ordinariamente verifica-se em ações judiciais diversa (a exemplo de ações penais, em que se tem, em regra, o Ministério Público na qualidade de autor e determinado indivíduo na condição de réu). Em que pese a referida circunstância não afaste, por completo, a obrigação do Tribunal de atentar ao teor do pedido, nos termos do artigo 490 do Código de Processo Civil, a Corte já flexibilizou a previsão legal em comento, a exemplo da compreensão de inconstitucionalidade por arrastamento (identificada nos autos da ADI nº 2.982/CE, DJU 17.06.2004), que permite ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de dispositivos que, embora não impugnados na pretensão original, mantenham relação lógica com aqueles explicitamente impugnados, razão pela qual igualmente afetados pela decisão a ser prolatada.

justificação em virtude da inevitável diminuição da esfera de atuação dos Poderes representativos, intensificando tensões entre os Poderes que estruturam o Estado Democrático de Direito brasileiro, uma vez que decisões fundamentais tomadas pelo legislador/administrador não mais encontram definição absoluta no âmbito dos Poderes eleitos – que ilustram a vontade da maioria –, senão apenas após submissão da questão controvertida ao crivo do Judiciário (Vieira, 2018, p. 138-139).

Com efeito, as decisões prolatadas no bojo das Ações Penais nº 470 e nº 565, Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326 e Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.526 e 3.510 são exemplos que evidenciam a inegável relevância assumida pelo Supremo Tribunal Federal no cenário político brasileiro e a consequente elevação destes mencionados níveis de tensão – esta inerente às democracias constitucionais oriundas do segundo pós-guerra – entre o Judiciário, o Executivo⁹¹ e o Legislativo, visto que as decisões proferidas, por vezes, interferem diretamente nas atribuições conferidas aos demais Poderes⁹². Mas a ascensão dos níveis de tensão não se restringe ao mundo exterior, sendo identificada, igualmente, no interior da Corte⁹³, em virtude da eleição de condutas por seus Ministros que, por afastadas da

⁹¹Digno de nota, enquanto relevante interferência promovida pelo Supremo Tribunal Federal no Poder Executivo, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do Mandado de Segurança nº 34.070, no bojo do qual impediu a posse de Luiz Inácio Lula da Silva no cargo de Ministro da Casa Civil, encontrando-se na cadeira da Presidência da República, à época, Dilma Rousseff. Para além do enfrentamento da questão controvertida nos autos de mandado de segurança coletivo impetrado por partido político, promovendo nova abordagem jurisprudencial e admitindo a apreciação da insurgência por meio da via eleita (indo de encontro à jurisprudência do Tribunal, que reiteradamente se manifestou por sua inadmissibilidade quando figurasse como impetrante partido político), revela-se inédita a decisão em comento porque evidencia o exercício de controle, pelo Poder Judiciário, de opção de caráter essencialmente político assegurada ao Chefe do Poder Executivo. Na ocasião, o Ministro Relator sustentou a tese de que, existente suspeita de que a nomeação sob crivo estivesse amparada na pretensão de frustrar investigação em curso (tendo em vista que, na casuística, havia sido oferecida denúncia contra o nomeado), admissível o desempenho de tal controle e a consequente suspensão da nomeação.

⁹²Para além dos casos em relação aos quais dedicados breves comentários neste Capítulo, merece destaque a decisão monocrática proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 34.087 pelo Ministro Marco Aurélio Mello, que determinou ao Presidente da Câmara dos Deputados que encaminhasse o prosseguimento a determinado pedido de *impeachment* formulado em desfavor do então Presidente da República Michel Temer, ainda que houvesse convenção consolidada no sentido de que o prosseguimento, ou arquivamento, de pedido de *impeachment* elaborado contra o Chefe do Poder Executivo é prerrogativa política conferida, modo exclusivo, ao Presidente da Câmara dos Deputados. A despeito da decisão liminar prolatada, não houve nenhuma movimentação do Ministro Relator no intuito de assegurar o cumprimento da decisão, que não restou observada pelo Poder Legislativo, assim como a mencionada ação constitucional nunca foi submetida à apreciação do Plenário da Suprema Corte (Glezer, 2021, p. 66).

⁹³Por sua relevância e por ser considerada pelo professor Rubens Glezer como marco a partir do qual inaugurada a adoção de condutas com *déficit* de legitimidade entre os próprios Ministros (isto é, no interior da Corte), importa salientar a postura da então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, avocando para si a competência de decidir sobre questão vinculada à denominada “Operação Lava Jato” que não lhe competia, não apenas porque não era a Relatora dos feitos relacionados à referida operação, mas também porque não se cuidava de situação necessariamente urgente que justificasse sua atuação na condição de Presidente da Corte. Fato é que, durante o recesso forense, homologou 77 delações premiadas de executivos e ex-executivos da empresa Odebrecht (Glezer, 2021, p. 67). Cármen Lúcia homologa as 77 delações da Odebrecht, uma nova bomba na Lava Jato. Brasília, 30 jan. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/30/politica/1485777285_337060.html. Acesso em: 29 ago. 2023.

perspectiva técnico-jurídica e aproximadas de perfil explicitamente político, tornam vulnerável a própria autoridade construída e desempenhada pelo Tribunal no curso da ordem constitucional inaugurada com o advento da Carta de 1988.

Seja porque se considera o Poder Judiciário caminho mais confiável (em detrimento dos legisladores democráticos, por vezes mais preocupados com demandas populistas) ao alcance de segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade, seja porque identificada – ao menos, mas não só no caso brasileiro – a incapacidade do sistema representativo de efetivar os compromissos de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático e consagrados na Carta de 1988 (e nas constituições contemporâneas oriundas do segundo pós-guerra), fato é que a expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal – onde socorre-se a sociedade na esperança de que, na qualidade que lhe foi atribuída pelo constituinte originário de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais lá insculpidos, responda às demandas não satisfeitas pelo sistema político – promove situação contraditória, em que os Poderes Executivo e Legislativo se veem enfraquecidos pelo Judiciário, que, por sua vez, atrai a crise não solucionada pelo sistema representativo, expondo-se às perigosas consequências que das responsabilidades assumidas (não apenas conferidas pelo texto constitucional, mas também aceitas com particular contentamento pelos magistrados, conforme precisamente apontado por Keith Whittington) podem advir (Vieira, 2018, p. 139).

4 DEMOCRACIA BRASILEIRA DETERIORADA: OS RISCOS DA CATIMBA CONSTITUCIONAL QUANDO EXERCIDA PELO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

4.1 PROFUNDO MAL-ESTAR CONSTITUCIONAL: CONTEXTUALIZAÇÃO DO AMBIENTE FAVORÁVEL À ASCENSÃO DE JAIR BOLSONARO À PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Em junho de 2013, as ruas de muitas cidades brasileiras testemunharam manifestações até então inéditas no âmbito da ordem constitucional inaugurada quando da promulgação da Carta de 1988, cujos compromissos assumidos no bojo de seu texto, notadamente aqueles relacionados aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, tornaram-se alvos dos manifestantes, que, para além de exigirem dos atores políticos a adequada observância das promessas anunciadas pelo constituinte originário, expressaram incontestável repúdio às condutas adotadas por partidos e lideranças políticas, provocando a desestabilização do aparente equilíbrio conquistado pelo sistema político brasileiro desde o processo de transição democrática (Vieira, 2018, p. 10).

Inobstante tenha-se no aumento dos valores das passagens de ônibus e metrô na cidade de São Paulo a fagulha que resultou na onda de protestos que tomou as ruas no ano de 2013⁹⁴, certo é que as reivindicações expostas no curso das manifestações evidenciaram aspectos mais complexos da democracia brasileira, que dizem respeito à sua própria estrutura. Sob determinada perspectiva, identificam-se insurgências que indicariam, ao menos em certa medida, o fracasso da trajetória constitucional iniciada, à época, há aproximadamente 25 anos, uma vez que apontados desacertos na representação política e sistêmica corrupção eleitoral⁹⁵,

⁹⁴ Cumpre registrar que, no ano de 2015, novos protestos tomaram as ruas brasileiras, não em virtude das mesmas razões que motivaram as manifestações de 2013, tampouco pelos mesmos manifestantes (ainda que parcela dos protestantes da primeira jornada tenha retornado ao espaço público). Identifica-se, no contexto das mobilizações de 2015, que parcela das vozes foi substituída por outras, agora bradando pelo *impeachment* da então Presidente da República, Dilma Rousseff, e pela adoção de agenda econômica de orientação liberal, havendo, ainda, determinado grupo reivindicando intervenção militar, circunstância sintomática da abertura daquela que pode ser apontada como a primeira fissura no tecido democrático brasileiro (Vieira, 2018, p. 14).

⁹⁵ A sistêmica corrupção eleitoral foi sendo descortinada por meio das investigações levadas a efeito no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”, impulsionada pela onda de protestos ocorrida em 2013, emergindo o envolvimento, no complexo esquema de corrupção investigado, dos principais partidos políticos que ocuparam a arena política desde o processo de transição democrática (Vieira, 2018, p. 13-14). Especificamente sobre a “Operação Lava Jato”, iniciou-se no mês de março de 2014 e cuidou-se de uma das maiores operações de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro da história do Brasil, debruçando-se, à época em que instaurada a investigação, sobre irregularidades na maior empresa estatal brasileira, Petrobras. Denominou-se de “Lava Jato” a operação em comento em virtude da constatação de que determinada rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis era utilizada a fim de movimentar valores ilícitos pertencentes a uma das quatro organizações

bem como externalizado sentimento de impunidade às práticas criminosas protagonizadas por agentes políticos, ausência de imparcialidade na aplicação da legislação e insuficiência das políticas sociais levadas a efeito. Lado outro, as irrisignações expostas decorreram, em primeiro plano, de conquistas alcançadas por meio do documento constitucional promulgado em 1988, e, após, das ameaças reconhecidas (em especial, mas não apenas) por geração socializada no contexto da democracia constitucional e beneficiada pelos avanços viabilizados pela Constituição, circunstâncias que revelam, igualmente em alguma medida, o êxito de nossa experiência constitucional, não somente porque percebidos progressos alcançados no transcorrer do caminho trilhado a partir de 5 de outubro de 1988, mas também pelo próprio exercício do direito de manifestação pública e livre, por meio do que reclamadas mudanças programáticas e comportamentais direcionadas aos atores políticos da República (Vieira, 2018, p. 12).

Com efeito, constata-se ter sido a percepção popular **(a)** de corrosão do modelo de representação democrática em virtude da sistêmica corrupção eleitoral e **(b)** de iminentes riscos aos quais expostos determinados direitos progressivamente implementados durante a vigência da atual ordem constitucional fator que motivou a reação da sociedade brasileira, materializada nos aludidos protestos, que promoveram a destruição das fronteiras havidas entre os manifestantes, comprometidos com o fortalecimento da democracia e da observância às leis e movidos por pretensões de inclusão social e redução das desigualdades, e os setores representativos de modalidade ultrapassada de “fazer política”, resistente à renovação do

criminosas inicialmente investigadas, lideradas por operadores do mercado paralelo de câmbio (doleiros). Na evolução da operação, o Ministério Público Federal amealhou acervo probatório que apontou a existência de amplo esquema de corrupção, no bojo do qual empreiteiras estruturadas em sistema de cartel remuneravam altos executivos da Petrobras e outros agentes públicos a título de propina, que alcançava patamares de até 5% da quantia total de contratos bilionários superfaturados (houve, por exemplo, identificação de irregularidades no contato referente à construção da usina nuclear chamada “Angra 3”), concretizada a distribuição do suborno através dos mencionados doleiros. Merece destaque que, no mês de março de 2015, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, submeteu à apreciação do Supremo Tribunal Federal 28 petições postulando a instauração de inquéritos criminais destinados a investigar condutas atribuídas a 55 indivíduos, dentre os quais 49 titulares de foro por prerrogativa de função, estes integrantes ou vinculados a partidos políticos responsáveis por indicar e/ou manter os diretores da Petrobras em seus respectivos cargos, sobrevivendo as suspeitas a partir de colaborações premiadas levadas a efeito pelo Ministério Público Federal em etapas anteriores da operação. Digno de nota, ainda, que a intitulada repartição política se tornou manifesta em relação às diretorias de abastecimento, serviços e internacional da Petrobras, ocupadas, respectivamente, por: Paulo Roberto Costa (2004-2012), indicado pelo Partido Progressista (PP), com posterior apoio do Movimento Democrático Brasileiro (MDB); Renato Duque (2003-2012), indicado pelo Partido dos Trabalhadores (PT); e Nestor Cerveró (2003-2008), indicado pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Os operadores financeiros Fernando Baiano e João Vacari Neto atuavam no esquema criminoso em prol de integrantes do Partido dos Trabalhadores (PT) e do Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Conforme tese sustentada pelo Procurador-Geral da República, os grupos políticos atuavam de forma estável, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, no intuito de perpetrar ilícitos penais, englobando, dentre outros, corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Caso Lava Jato. Entenda o caso. Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 05 set. 2023.

quadro político, notoriamente porque ambicionam a manutenção de seus privilégios (Vieira, 2018, p. 13).

Na compreensão do professor Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 19), dois conflitos institucionais colaboraram, modo relevante, à crise⁹⁶ inaugurada pelos protestos: **(a)** o crescimento do nível de tensão havido entre o presidencialismo de coalizão⁹⁷ e o sistema de controle de aplicação da lei, cuja autonomia expandiu-se consideravelmente no transcorrer dos anos posteriores à transição democrática, constatação que se tornou evidente por ocasião do julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁸; e **(b)** embates distributivos⁹⁹ atinentes a divergências entre os valores investidos em políticas públicas e direitos sociais, de natureza progressiva e que versam sobre compromissos assumidos pelo constituinte originário, e aqueles despendidos com privilégios e interesses setoriais, de natureza regressiva¹⁰⁰.

Inferre-se que a combinação entre presidencialismo de coalizão e regime multipartidário, consequência do sistema proporcional à eleição da Câmara dos Deputados, tende a provocar

⁹⁶Ainda que empregue a expressão “crise”, o autor adverte que a descrição (e compreensão) do cenário de instabilidade institucional instaurado em 2013 depende do conceito que se confere ao termo “crise”, e, modo específico, à crise em sua perspectiva constitucional, preocupando-se, a partir da página 25 de sua obra “A Batalha dos Poderes” (2018), em demonstrar em quais situações o Direito e a Ciência Política costumam adotar o vocábulo controvertido, no intuito de evitar que se incorra em equívoco decorrente do emprego de conceituação “meramente estipulativa”.

⁹⁷Ver nota de rodapé nº 55.

⁹⁸A Ação Penal nº 470, popularmente conhecida como “Caso Mensalão”, foi objeto de considerações no item 3.3.1 deste estudo.

⁹⁹Os conflitos distributivos em questão decorrem, como exposto na nota de rodapé nº 7, do “compromisso maximizador” firmado pelo constituinte originário. Neste particular, importa ressaltar que tal compromisso constituiu, em verdade, tática que funcionou como espécie de “seguro” à transição e consolidação do regime democrático instaurado no Brasil após 21 anos de ditadura militar, garantindo-se que os diferentes grupos sociais – pertencentes a distintas classes e filiados a vieses político-ideológicos contrários – que compõem o tecido social pátrio admitissem a deliberação e o gerenciamento de seus conflitos por meio das diretrizes estabelecidas no texto constitucional (Fausto, 2013, p. 446).

¹⁰⁰Cumprir registrar – por meio de nota de rodapé, uma vez que o presente estudo pretende se debruçar, na evolução, tão somente sobre o gradativo nível de tensão estabelecido entre as esferas política e jurídica – que as raízes da instabilidade institucional identificada a partir de 2013 não se restringem à fricção do presidencialismo de coalizão “à brasileira” com as instituições que integram o sistema de controle e aplicação da lei. Com efeito, do “compromisso maximizador” assumido pelo constituinte originário – que envolveu, de um lado, extenso catálogo de direitos sociais de natureza progressiva insculpido no documento constitucional, e, de outro, privilégios, também de matriz constitucional, assegurados a específicos setores da sociedade –, resultou a necessidade de conciliá-los para fins de garantir a estabilidade política e social. Ocorre que, em determinada altura, a economia nacional não logrou suportar tamanha demanda, circunstância que culminou no acirramento dos conflitos distributivos oriundos das plurais disposições contidas na Carta de 1988. Envolvido neste cenário, o Governo liderado pela então Presidente Dilma Rousseff (submetido a pressões advindas de direções opostas, exigindo-se, concomitantemente, **(1)** a ampliação de políticas de incentivo à indústria, ambicionando-se desonerações, isenções fiscais, corte de juros e redução do custo de energia, e **(2)** o implemento das obrigações sociais previstas na Constituição Federal e prometidas pelas políticas governamentais defendidas) implementou procedimento denominado, inicialmente, de “contabilidade criativa”, mas que, posteriormente, ficou conhecida como “pedaladas fiscais”, estratégia esta que não se revelou capaz de concretizar as inúmeras demandas sociais e o tornou significativamente vulnerável sob a perspectiva jurídica, conclusão que se depreende da manifestação do Tribunal de Contas da União ao recomendar, de forma unânime, a reprovação das contas apresentadas pela Administração Federal em 2014 (Vieira, 2018, p. 24).

significativos impasses entre os Poderes Executivo e Legislativo e, em situações extremas, a paralisia decisória daquele (Sartori, 1996), visto que, independentemente do quão expressiva tenha sido a votação de determinado candidato à Presidência da República, uma vez eleito, precisará governar Estado que conta, em sua estrutura, com parlamento fatalmente fragmentado, circunstância que exige do Chefe do Poder Executivo permanente empenho à formação de coalizões partidárias que lhe assegurem sustentação¹⁰¹ para exercer o *mínus* que lhe foi confiado pela população, coalizões estas que, considerando-se o elevado grau de fragmentariedade do Poder Legislativo, caracterizam-se pela instabilidade e onerosidade¹⁰² (Vieira, 2018, p. 19-20).

A inerente dificuldade de alcançar base sólida de sustentação no contexto do presidencialismo de coalizão restou potencializada quando, em dezembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351 e 1.354, declarou a inconstitucionalidade de determinados dispositivos previstos na Lei tombada sob o nº 9.096/95¹⁰³ (sancionada durante o Governo Fernando Henrique Cardoso), popularmente conhecida como Lei dos Partidos Políticos, que instituíram a denominada “cláusula de barreira”, consistente na definição de que, em 10 anos, os partidos políticos haveriam de alcançar, a cada pleito eleitoral, patamar mínimo de desempenho eleitoral à

¹⁰¹No intuito de alcançar seu desiderato, o Presidente da República tende a comprometer-se com os interesses de diferentes núcleos, circunstância que fomenta os demais partidos políticos (que não aquele ao qual vinculado o candidato eleito) a procurarem participação, ainda que de pequena relevância, no bojo da estrutura governamental, não porque a partir deste envolvimento pretendem modificar os planos programáticos do governo em exercício, mas em razão da possibilidade de, por meio deste posicionamento, alcançar privilégios aos seus representados, assim como de eventuais oportunidades que viabilizem arrecadar recursos aos futuros pleitos eleitorais. Esta dinâmica do cenário político – no âmbito do qual subsistem interesses distintos – evidencia o conflito havido entre as pretensões dos partidos políticos e respectivos líderes parlamentares (que ambicionam preservar ou expandir benefícios em prol de setores específicos que representam) e aquelas do Chefe do Poder Executivo, que, designado pela vontade majoritária ao desempenho do mandato presidencial, não pode se afastar (ao menos teoricamente) das demandas sociais, oriundas de grupos vulneráveis e desprovidos de voz à defesa dos direitos mais básicos (Vieira, 2018, p. 21).

¹⁰²A despeito de tais características intrínsecas ao presidencialismo de coalizão, em virtude das extensas competências atribuídas ao Executivo pela Carta de 1988, que promoveu verdadeira preponderância legislativa àquele Poder – merecendo destaque, neste particular, determinados mecanismos constitucionais que expandiram notavelmente os poderes legislativos do Chefe do Poder Executivo, a quem assegurada **(1)** capacidade de controlar a agenda legislativa (compreendida como *timing* e conteúdo dos trabalhos desenvolvidos pelo Poder Legislativo) e **(2)** posição estratégica à aprovação de suas demandas, tais como a ampliação da exclusividade de iniciativa, o poder de edição de medidas provisórias com força de lei e a possibilidade de requerer urgência aos projetos submetidos ao Congresso Nacional – os Presidentes Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff (ainda que, quanto a esta última, tão somente em seu primeiro mandato) lograram governar com relativa estabilidade e efetividade (Figueiredo; Limongi, 2001, p. 11).

¹⁰³Quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351 (ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil) e nº 1.354 (proposta pelo Partido Socialista Cristão), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade: **(1)** do artigo 13; **(2)** no artigo 41, *caput*, da expressão “obedecendo aos seguintes critérios”; **(3)** dos incisos I e II do artigo 41; **(4)** do artigo 48; **(5)** no artigo 49, da expressão “que atenda ao disposto no artigo 13”; **(6)** dos incisos I e II do artigo 49; **(7)** dar ao *caput* dos artigos 56 e 57 interpretação que elimina qualquer limitação temporal; **(8)** no inciso II do artigo 57, da expressão “no artigo 13” (Streck, 2018, p. 190).

Câmara dos Deputados a fim de garantir o direito de pleno funcionamento parlamentar, acessar, modo abrangente, as quotas de distribuição do Fundo Partidário e o tempo de veiculação de seu programa político através de rádio e televisão (propaganda eleitoral) (Vieira, 2018, p. 164).

O Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e o Partido Socialista Cristão (PSC), responsáveis por submeter as demandas à apreciação da Suprema Corte, argumentaram que a vinculação do exercício do direito de funcionamento parlamentar a percentual mínimo de votos ofenderia a previsão do artigo 17, *caput* e § 1º, da Constituição Federal¹⁰⁴, que assegura a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, assim como a autonomia para definir seu funcionamento. Na oportunidade em que enfrentadas as alegações, o Plenário do Pretório Excelso, à unanimidade, excluiu do ordenamento jurídico pátrio a “cláusula de barreira” imposta pelo artigo 13 da Lei nº 9.096/95¹⁰⁵, acompanhando os fundamentos adotados pelo Ministro Relator, Marco Aurélio Mello¹⁰⁶, que promoveu debate sobre a harmonia entre o mencionado dispositivo legal e o texto constitucional, incursionando sobre as consequências provocadas pelo mecanismo estabelecido através da legislação controvertida e concluindo que sua manutenção violaria direitos constitucionalmente garantidos, notadamente tendo em vista a limitada quantidade de partidos que, considerados os dados referentes ao último período eleitoral, preencheriam o requisito de desempenho imposto (Streck, 2018, p. 190).

Inobstante a solução jurídica alcançada pelo Supremo Tribunal Federal tenha exposto as severas dificuldades que seriam enfrentadas pelas legendas minoritárias, percebe-se que não

¹⁰⁴Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:[...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

¹⁰⁵Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

¹⁰⁶Digno de transcrição excerto do voto proferido pelo Ministro Relator nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351: “Em síntese, a prevalecer, sob o ângulo da constitucionalidade, o disposto no artigo 13 da Lei 9.096/95, somente esses partidos terão funcionamento parlamentar, participarão do rateio de cem por cento do saldo do fundo partidário, gozarão, em cada semestre e em cadeias nacional e estadual, de espaço de vinte minutos para a propaganda eleitoral e desfrutarão de inserções, por semestre e também em redes nacional e estadual, de trinta segundos ou um minuto, totalizando oitenta minutos no ano [...] Os demais ficarão à míngua, vale dizer, não contarão com o funcionamento parlamentar, dividirão, com todos os demais partidos registrados junto ao Tribunal Superior Eleitoral, a percentagem de um por cento do fundo partidário e, no tocante à propaganda partidária, terão, por semestre, apenas dois minutos restritos à cadeia nacional”. Plenário do STF considera “cláusula de barreira” inconstitucional. Brasília, 17 dez. 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68591&ori=1>. Acesso em: 07 set. 2023.

se socorreu, a Corte, dos poderes de modulação de que goza para fins de, extirpando eventuais exauros contidos na legislação examinada, conservar o espírito do legislador de desenvolver um mínimo de ordem ao modelo representativo brasileiro (cuja coordenação, em razão do significativo número de partidos políticos existentes, revela-se sobremaneira complexo), senão assumiu papel de protagonista na reorganização do sistema eleitoral pátrio ao realizar leitura consideravelmente ampla quanto ao princípio do pluralismo partidário e rejeitar, em absoluto, opção escolhida pelo Poder Legislativo à operacionalização do presidencialismo de coalizão (Vieira, 2018, p. 164-165). Analisando a decisão prolatada pela Suprema Corte, o professor Lenio Streck indaga sobre a vedação constitucional à fixação de critério mínimo pelo legislador consistente no desempenho eleitoral, destacando que a problemática a ser enfrentada – e solvida pela Corte através do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que lhe foram distribuídas – não se encontraria na opinião dos Ministros acerca da qualidade da condição eleita (isto é, se “positiva” ou “negativa” à democracia a limitação do funcionamento parlamentar dos partidos políticos a partir de determinado percentual de votos em cada pleito eleitoral), mas na constitucionalidade de tal restrição, se compatível com o documento constitucional vigente, este o cerne da questão de qualquer exame de constitucionalidade de lei, ao qual não se ateu o Plenário quando da apreciação das demandas em comento, avançando em deliberações de natureza consequencialista (avaliando, portanto, as consequências decorrentes da declaração, ou não, de inconstitucionalidade dos dispositivos legais discutidos através da formulação de juízos de valor), postura que, ao superar opção legislativa por meio de decisão judicial, igualmente repercute na higidez da democracia brasileira (Streck, 2018, p. 193).

Prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em outubro de 2007, outra decisão que repercutiu significativamente no sistema partidário brasileiro, catapultando sua hiperfragmentação, sobreveio por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança nº

26.602¹⁰⁷, 26.603¹⁰⁸ e 26.604¹⁰⁹, quando a Corte – considerando o sistema proporcional incidente nas eleições aos cargos dos Poderes Legislativos nas esferas federal, estadual e municipal –, assentou posicionamento no sentido da existência de dever constitucional de atenção ao princípio da fidelidade partidária mesmo após a posse no cargo eletivo, sob o fundamento de que se cuida de postulado notadamente relevante no intuito de assegurar que as escolhas políticas dos eleitores não sejam totalmente esvaziadas, tornando legítima, na esteira do raciocínio desenvolvido, a decretação de perda do mandato de parlamentar que abandona a legenda pela qual eleito, ressaltando, contudo, que a sanção em debate não decorreria da desfiliação partidária (tendo em vista o direito de livre associação constitucionalmente consagrado), mas da conclusão de que o mandato pertenceria à legenda, e não ao eleito, havendo consequência “*normativo-constitucional*” da desfiliação injustificada, à luz, exatamente, dos princípios da fidelidade e representação partidárias¹¹⁰. O entendimento adotado configurou

¹⁰⁷ “[...]. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandato de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada” (MS nº 26.602, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04.10.2007, DJe-197, 17 out. 2008).

¹⁰⁸ Mandado de Segurança nº 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04.10.2007, DJe-241, 19 dez. 2008.

¹⁰⁹ Mandado de Segurança nº 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 04.10.2007, DJe-187, 03 out. 2008.

¹¹⁰ Cumpre registrar trecho do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, na condição de Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, nos autos da Consulta nº 1.398, submetida pelo Partido da Frente Liberal (atual Democratas): “Não há como admitir-se, na moldura do sistema, que representante eleito sob tais condições possa mudar de partido levando consigo o cargo, até porque, se tivesse concorrido por outro partido, poderia nem sequer ter sido eleito, o que mostra desde logo que o patrimônio dos votos deve entender-se, na lógica do sistema proporcional, como atributo do partido, e não, de cada candidato. [...] 1) o candidato eleito que se desfiliou ou mudar de agremiação terá, em regra, o mandato subtraído em favor do partido por que se elegeu. No caso de a transferência ser fruto de mudança de orientação pessoal, por exemplo, o partido de origem terá o direito de conservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, em razão de a ruptura daquela relação complexa *eleitor-partido-representante* ter sido causada pelo parlamentar, que já não pode apresentar-se como representante do ideário político em cujo nome foi eleito. Caso a transferência ou a desfiliação tenha por causa fundamento não justificável à luz da suprema necessidade de preservação da vontade política expressa pelo eleitor no momento do voto, como cerne da ideia de representação, deve o mandato permanecer, pois, com o partido, porque o membro que fraturou a relação é o representante, desde aí destituído da capacidade de representar os eleitores adeptos da corrente de pensamento encarnada pelo partido. Não se trata, sublinhe-se, de sanção pela mudança de partido, mas do reconhecimento de inexistência de direito subjetivo autônomo e sequer de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo”. Íntegra do voto do ministro Cezar Peluso na consulta 1398 do PFL, sobre a titularidade dos mandatos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/37410/integrado-voto-do-ministro-cezar-peluso-na-consulta-1398-do-pfl—sobre-a-titularidade-dos-mandatos>. Acesso em: 09 set. 2023.

alteração da jurisprudência da Suprema Corte¹¹¹, consolidada desde o enfrentamento da questão controvertida por ocasião da apreciação do Mandado de Segurança nº 20.927¹¹², em abril de 1994, oportunidade na qual compreenderam os Ministros que a ausência de previsão, no texto constitucional, da hipótese de perda de mandato em razão de ofensa à fidelidade partidária constituiria obstáculo insuperável ao Poder Judiciário, limitado à observância do rol elencado no artigo 55 da Constituição Federal¹¹³, que evidencia a opção expressamente declarada pelo constituinte originário quanto às situações que acarretam a perda do mandato¹¹⁴ (Silva; Santos, 2013, p. 19-21).

A transposição do curso jurisprudencial demonstra o protagonismo assumido pelo Tribunal ao avançar para além de sua inerente função contramajoritária, promovendo verdadeira reforma no texto constitucional em virtude da manifesta pretensão de moralizar o sistema partidário nacional diante da incontestável desordem promovida pelos parlamentares ao abandonarem determinada legenda, após eleitos, impulsionados por interesses pragmáticos ou financeiros, deteriorando a integridade do sistema representativo. Tal postura, no entanto, encerrou a criação de modalidade de perda de mandato parlamentar não englobada pelo catálogo de situações contidas no dispositivo constitucional que versa sobre a matéria, configurando, na perspectiva de Oscar Vilhena Vieira, momento histórico em que robustecida a figura da “Supremocracia”¹¹⁵, nomeadamente considerando a fundamentação desenvolvida

¹¹¹Merecem destaque, no entanto, as exceções asseguradas – em homenagem à preservação da relação *eleitor-representante* e aos princípios constitucionais da liberdade de associação e de pensamento – ao parlamentar à manutenção do mandato, a despeito da desfiliação partidária, expostas, na manifestação do Ministro Cezar Peluso, a título exemplificativo, **(a)** mudança considerável da orientação programática da legenda e **(b)** situação de comprovada perseguição política no interior do partido pelo qual eleito. Íntegra do voto do ministro Cezar Peluso na consulta 1398 do PFL, sobre a titularidade dos mandatos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/37410/integra-do-voto-do-ministro-cezar-peluso-na-consulta-1398-do-pfl-sobre-a-titularidade-dos-mandatos>. Acesso em: 09 set. 2023.

¹¹²Mandado de Segurança nº 20.927, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 11.10.1989, DJ, 15 abr. 1994.

¹¹³Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (Brasil, 1988).

¹¹⁴Fávila Ribeiro (2000, p. 331) esclarece que a questão atinente à fidelidade partidária foi abordada pelo constituinte originário no § 1º do artigo 17 da Carta de 1988, reservando aos partidos políticos o dever de tratar, no bojo dos seus respectivos estatutos partidários, acerca das normas de fidelidade partidária, restando evidenciada a pretensão de limitar às legendas o enfrentamento do tema e de não incluir, no rol das hipóteses de perda de mandato, eventual conduta que configure inobservância ao princípio em comento.

¹¹⁵Por ocasião da “Breve nota introdutória” (item 3.4) a este Capítulo, apresento o conceito “Supremocracia”, desenvolvido por Oscar Vilhena Vieira (2008). Ressalte-se, aqui, a notável relação havida entre dois dos elementos apontados pelo professor como potencializadores desta figura e o julgamento das aludidas ações constitucionais, que evidenciou, modo escancarado, tanto **(1)** a ausência de cultura de precedentes no sistema constitucional pátrio quanto **(2)** a dificuldade demonstrada pelo Poder Judiciário de assentar *standards* interpretativos, haja vista a alteração de posicionamento, por exemplo, do Ministro Gilmar Ferreira Mendes,

pelo então decano da Corte, Ministro Celso de Mello, ao sustentar, nos autos do Mandado de Segurança nº 26.603 – no intuito de afastar eventual alegação de ato de usurpação pelo Poder Judiciário –, que, cuidando-se da atividade de interpretação das normas positivadas no documento constitucional, compete ao Supremo Tribunal Federal o “monopólio da última palavra”¹¹⁶, a quem atribuída a qualidade de guardião da Constituição, razão pela qual funcionaria, no âmbito do Tribunal, o próprio poder constituinte, encontrando-se a Carta promulgada em permanente estado de elaboração, restando explicitamente exposta a compreensão de que autorizada a reforma do texto constitucional pelo órgão de vértice do Poder Judiciário (Vieira, 2018, p. 165-166).

Os julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351 e 1.354 e dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, para além de revelarem dificuldades à justificação das soluções jurídicas alcançadas pela Corte sob a perspectiva da teoria democrática e da separação de poderes, promoveram significativas repercussões ao sistema partidário nacional, uma vez que motivaram a fundação de novas legendas¹¹⁷ e, via de consequência, tornaram ainda mais complexa a árdua tarefa do Chefe do Poder Executivo de construir e preservar base estável de sustentação para governar¹¹⁸, constatando-se, neste cenário, um dos conflitos institucionais que contribuiu aos eventos de junho de 2013. (Vieira, 2018, p. 22).

Expostas as particularidades que caracterizam o presidencialismo de coalizão brasileiro

que, quando do enfrentamento do Mandado de Segurança nº 23.405, em março de 2004, manifestou-se expressamente no sentido da inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária sob o argumento de que hipótese não abrangida pelo rol do artigo 55 da Constituição Federal (MS nº 23.405, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 22.03.2004, DJ, 23 abr. 2004).

¹¹⁶Indicado por Oscar Vilhena Vieira o poder conferido à Suprema Corte para que se manifeste, em última instância, acerca de decisões oriundas dos Poderes Legislativo e Executivo que versam sobre temáticas relevantes e, não raro, efervescentes no debate público como um dos pilares que estruturam a denominada “Supremocracia” (ver item 3.4).

¹¹⁷Conforme Marcus André Melo (2017, p. 79-80), os três principais partidos brasileiros – Movimento Democrático Brasileiro (MDB), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – detinham, à época de seu estudo, tão somente 32,3% das cadeiras que compõem a Câmara dos Deputados, ostentando o Brasil o maior índice de fragmentarização política já registrado na história das democracias contemporâneas. Dentre outros fundamentos (existência de “mega distritos” no país; regras consideradas “excessivamente generosas e permissivas” de acesso ao Fundo Partidário; horário eleitoral gratuito, circunstância utilizada pelas legendas como barganha à formação de coalizões eleitorais, reforçada pela legislação, igualmente tida como “permissiva” no que diz respeito às coligações em eleições proporcionais), aponta as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que declararam a inconstitucionalidade da cláusula de barreira e definiram a infidelidade partidária enquanto hipótese de perda de mandato parlamentar como responsáveis pela hiperfragmentarização política do país.

¹¹⁸A evolução da “Operação Lava Jato” (ver nota de rodapé nº 2) descortinou o contexto em que inserido o sistema partidário nacional, consideravelmente comprometido pela pretensão de alcance de valores suficientes à sustentação dos elevados custos inerentes ao modelo eleitoral vigente no Brasil, circunstância que motivou os partidos políticos a procurar – e encontrar – no setor privado os necessários recursos ao financiamento da estrutura eleitoral, oferecendo, em contrapartida, benefícios (tais como celebração de contratos, isenções fiscais e subsídios) ilegais às pessoas jurídicas financiadoras, estabelecendo dinâmica promíscua – no âmbito da qual ignorados os interesses públicos – entre legendas e empresas (Vieira, 2018, p. 23).

– especificamente a hiperfragmentarização política e a exagerada taxa de heterogeneidade partidária –, da coexistência entre aquele e as instituições que compõem o sistema de controle de aplicação da lei emergiu, progressivamente, tensão entre as esferas política e jurídica, devendo-se ter em mente, como referido quando da identificação dos embates institucionais que colaboraram à instabilidade instaurada pela mencionada onda de manifestações, a notável autonomia conquistada pelo sistema jurídico – evidenciada pela desenvoltura demonstrada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, respaldados pela Suprema Corte, no bojo das investigações e posterior processamento e julgamento da Ação Penal nº 470 –, decorrente da adoção de condutas vigorosas e combativas e amparada no extenso catálogo de atribuições que lhe foram conferidas pela Carta de 1988. É esse ambiente – no qual foram travados conflitos entre a classe política e o “estamento”¹¹⁹ jurídico”, assim como entre os direitos sociais consagrados no texto constitucional e os privilégios conferidos a grupos específicos – que conduz Oscar Vilhena Vieira à constatação de que, após as intituladas “jornadas de 2013”, o Brasil passou a enfrentar “forte estresse constitucional” ou, ainda, “tempos constitucionalmente bicudos”, conclusão esta reforçada pelas condutas adotadas pelos atores políticos e institucionais da República, que, progressivamente, passaram a direcionar o exercício de suas prerrogativas à potencialização de interesses próprios, provocando a redução do patamar de confiança depositada pela sociedade nas instituições políticas e jurídicas (Vieira, 2018, p. 23-34).

Alterando-se a dinâmica historicamente observada no que diz respeito ao relacionamento mantido entre as esferas política e jurídica, que culturalmente nutriam convívio predominantemente simbiótico – no âmbito do qual os juristas, à exceção de pontuais manifestações em sentido contrário, afastaram empecilhos aos interesses da classe política com o objetivo de perpetuar prestígio e privilégios corporativos (Faoro, 2008, p. 819) –, tem-se no julgamento do “Caso Mensalão” o marco da inauguração de “nova etapa” na relação entre o Judiciário e os Poderes eleitos, identificando-se a adoção de postura combativa pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁰, que consolidou esta mudança de comportamento institucional no alvorecer

¹¹⁹A expressão é emprestada por Raymundo Faoro, que, em sua obra “Donos do Poder” (1979) desenvolve o conceito de indivíduos integrantes de determinado círculo elevado (no contexto da sociedade na qual inseridos) que se consideram qualificados ao exercício do poder e, compartilhando semelhantes interesses e compreensões, pretendem influenciar e, se possível, desempenhar o poder que ostentam em prol de suas aspirações e crenças.

¹²⁰Como exposto no subitem 3.3.1, assentou-se, por ocasião do julgamento da Ação Penal nº 470, orientação no sentido da automaticidade da cassação do mandato – considerada consequência da sanção imposta – do titular de cargo eletivo criminalmente condenado através de sentença transitada em julgado, independentemente, portanto, de manifestação do Poder Legislativo, a despeito da previsão contida no artigo 55, inciso VI, § 2º, da Constituição Federal, entendimento que, logicamente, intensificou o nível de tensão entre a classe política e o Judiciário. Ainda que tal posicionamento tenha restado superado quando do enfrentamento da Ação Penal nº 565 (“O Caso Cassol”), tornou a ser aplicado na oportunidade em que apreciada, pelo Ministro Luís Roberto Barroso,

da “Operação Lava Jato” e externalizou, modo incontestável, o direcionamento do desempenho das prerrogativas gozadas pelos membros do estamento jurídico ao corpo político¹²¹, tudo avalizado pelo considerável apoio demonstrado pelos manifestantes que protagonizaram os eventos de junho de 2013 (Vieira, 2018, p. 37).

Merece destaque, na evolução da comentada alteração da conduta institucional do Poder Judiciário – sobremaneira da Suprema Corte –, a decisão proferida pelo Tribunal, em fevereiro de 2016, nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP¹²², que provocou profunda transformação no processo penal brasileiro, favorecendo a celebração de acordos de colaboração premiada, instituto aplicado à exaustão no âmbito da referida “Operação Lava Jato” e incorporado ao ordenamento jurídico pátrio através da Lei nº 12.850/2013, popularmente conhecida como “Lei das Organizações Criminosas”, sancionada pela então Presidente Dilma Rousseff em momento ligeiramente posterior à primeira onda de protestos (Vieira, 2018, p. 37).

Na oportunidade em que submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal a referida ação constitucional, encontrava-se assentado na jurisprudência da Corte, desde 2009, o entendimento de que inadmissível a execução provisória da pena, diante da inexistência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, razão pela qual eventual recurso interposto pela defesa deveria ser recebido em seus efeitos devolutivo e suspensivo. Através da Lei nº

a Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326/DF (“O Caso Donadon”).

¹²¹Ainda que não tenha sido exercido pelo Supremo Tribunal Federal, exemplo esclarecedor do direcionamento do exercício das prerrogativas gozadas por magistrado ao corpo político identifica-se no vazamento seletivo (que evidencia a adoção de estratégia por meio da qual se pretendeu construir base de apoio social através dos veículos de comunicação), pelo à época Juiz Federal Sérgio Moro – que conduzia os processos vinculados à “Operação Lava Jato” em trâmite na 13ª Vara Federal de Curitiba –, de áudio de diálogo mantido entre Luiz Inácio Lula da Silva e a então Presidente da República, Dilma Rousseff, em março de 2016. Buscou-se provocar descontentamento, perante a opinião pública, acerca da possibilidade de que Lula fosse nomeado – como estava em vias de efetivamente ser – Ministro de Estado, circunstância que atrairia a jurisdição da Suprema Corte e conduziria as ações penais que tramitavam em Primeiro Grau de Jurisdição ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, em virtude do foro por prerrogativa de função. Cuidou-se de medida classificada por Oscar Vilhena Vieira como “clara estocada institucional”. Nos autos da Medida Cautelar na Reclamação nº 23.457, o Ministro Teori Zavascki deferiu a medida liminar postulada pela Presidente da República, determinando a sustação dos efeitos da decisão (proferida pelo Juiz Sérgio Moro) que autorizou a divulgação das conversações telefônicas interceptadas (Vieira, 2018, p. 40). Posteriormente, o Plenário do Tribunal ratificou o entendimento adotado pelo Ministro Relator, no sentido de que a circunstância de se tratar, a Chefê do Poder Executivo, de um dos interlocutores da conversa seria suficiente para atrair a competência do Supremo Tribunal Federal ao exame do conteúdo do áudio. Durante o julgamento, o Ministro Marco Aurélio Mello declarou “não há justificativa plausível para uma divulgação como a que ocorreu nesse processo, (...) que colocou mais lenha em uma fogueira cuja chama já estava muito alta, em prejuízo da paz social e da segurança jurídica”, ao passo que o então decano da Corte, Ministro Celso de Mello, afirmou a necessidade de observância do dever de proteção constitucional, “mesmo que o clamor popular se manifeste contrariamente”. Supremo derruba decisão de Moro que divulgou grampo de Dilma. 31 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-31/supremo-derruba-decisao-moro-divulgou-grampo-dilma>. Acesso em: 14 set. 2023.

¹²²A questão controvertida foi remetida ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro em virtude de insurgência manifestada contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que, ao enfrentar e desprover recurso exclusivo da defesa, mantendo condenação decretada em Primeiro Grau de Jurisdição, decretou a prisão do recorrente – a quem deferido o direito de recorrer da decisão unipessoal em liberdade – a despeito de requerimento ministerial e em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença.

12.403/2011¹²³, o Congresso Nacional conferiu redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal¹²⁴ que vai ao encontro da orientação consolidada pelo Tribunal acerca da temática, importando ao Diploma Processual Penal, modo explícito, o princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal¹²⁵. Apesar da concessão da medida liminar postulada¹²⁶ pelo Relator, Ministro Teori Zavascki, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* em questão pelo Plenário, a liminar concedida restou cassada – por maioria, dentre os quais incluído o próprio Relator –, prevalecendo posicionamento (sustentado sob os mais diversos fundamentos) no sentido de que, apesar dos dispositivos mencionados, admissível a execução antecipada da pena, operando-se verdadeira alteração do texto constitucional que, amparada na tese de efetividade processual¹²⁷, ripristinou a jurisprudência tradicional (anterior a 2009)¹²⁸, avalizando política judiciária que surtiria efeitos futuros no âmbito da “Operação Lava Jato”¹²⁹ (Streck, 2018, p. 296-303).

¹²³Merece destaque a Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei que, após aprovado, conferiu nova redação ao artigo 283 do Estatuto Penal Adjetivo, em especial no excerto em que expressamente refere que uma das principais alterações que se pretendia promover, na hipótese de aprovação da reforma proposta, era a “impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar.

¹²⁴“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

¹²⁵“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹²⁶Adotado o argumento de que o Tribunal de Justiça paulista não apresentou nenhum fundamento apto a sustentar o decreto de prisão preventiva do paciente, inobservados os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

¹²⁷Dentre os fundamentos desenvolvidos que adotaram tal tese, digno de nota aquele.

¹²⁸Cumprido registrar que, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, retomando a orientação vigente entre os anos de 2009 e 2016 (ver HC nº 84.078), no sentido da inadmissibilidade da execução antecipada da pena, isto é, em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. STF publica acórdãos do julgamento sobre prisão em segunda instância. 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/stf-publica-acordaos-julgamento-prisao-segunda-instancia>. Acesso em: 19 set. 2023.

¹²⁹No âmbito da referida Operação, o atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, foi condenado pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro em Primeiro Grau de Jurisdição, sobrevivendo a confirmação da decisão unipessoal por meio de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). Considerando a orientação à época vigente, no sentido da admissibilidade da execução provisória da pena, a defesa de Lula impetrou *Habeas Corpus* preventivo (nº 152.752) ao Supremo Tribunal Federal, restando apreciada a demanda pelo Plenário da Corte e denegada a ordem, por maioria. Digno de nota a manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso, que, ao acompanhar o voto proferido pelo Relator na esteira da denegação da ordem, sustentou que a alteração de posicionamento, pela Suprema Corte, em 2009, considerando, a partir de então, a inadmissibilidade da execução antecipada da pena e vinculando-a ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretou “descrédito” do sistema de justiça penal perante a sociedade e motivou a interposição de “recursos protelatórios” voltados tão somente a impedir que a sentença penal condenatória transitasse em julgado, mencionando, ainda, estatística segundo a qual a reversão do resultado em favor do réu através de recursos interpostos aos tribunais superiores não atingiria 2% do total de insurgências, razão pela qual seria “ilógico moldar o sistema com relação à exceção e não à regra” (Streck, 2018, p. 313). Sobre a argumentação desenvolvida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, oportuno atentar às críticas desenvolvidas pelo professor Lenio Luiz Streck, expostas nos itens 3.3.1, 3.3.2 e 3.3.3 deste estudo, notadamente quando trata sobre a necessária vinculação dos magistrados ao texto constitucional.

Com efeito, considerável parcela das medidas denominadas “de combate à corrupção” – tais como conduções coercitivas¹³⁰ (estas posteriormente suspensas pela Suprema Corte)¹³¹, decretação de prisões preventivas em desfavor de réus “de colarinho branco” e celebração de delações premiadas, potencializadas pela alteração de orientação jurisprudencial inaugurada por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP – adotadas no âmbito da 13ª Vara Federal de Curitiba, em que originariamente tramitaram as ações penais vinculadas à Operação em comento, foram referendadas pelas demais instâncias do Poder Judiciário, incluindo o Supremo Tribunal Federal, em movimento que se convencionou denominar, empregando-se expressão eleita pelo Ministro Luís Roberto Barroso, de “direito penal efetivo”, que prevaleceu no interior da Corte durante o período em que se tratavam, os principais investigados e réus, de associados da base de sustentação do Governo Federal, identificando-se a revisão, em especial em decisões proferidas pela 2ª Turma da Corte¹³², de determinadas estratégias judiciais que estruturaram a “Operação Lava Jato” quando passaram a ser alvos da persecução penal atores políticos vinculados ao Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e ao Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)¹³³. Com efeito, cuida-se a “Operação Lava Jato” de relevante

¹³⁰A condução coercitiva mais controvertida da “Operação Lava Jato”, por certo, envolveu o atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, determinada um dia após o vazamento da celebração de acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal (MPF) e Delcídio do Amaral, ex-líder do Partido dos Trabalhadores (PT) no âmbito do Senado Federal, que acusou a então Chefe do Poder Executivo, Dilma Rousseff, de “tentar interferir nas investigações” e imputou a Lula a ciência sobre “o esquema de corrupção montado na Petrobras”. A condução coercitiva em questão ocorreu ainda que, na ocasião, não houvesse sido formulado prévia negativa do conduzido para depor (Souza Neto, 2020, p. 100).

¹³¹Em 14 de junho de 2018, por ocasião do julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e nº 444, o Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria (6 votos a 5), declarou que o artigo 260 do Código de Processo Penal (que confere à autoridade judicial a faculdade de determinar a condução de acusado – que intimado ao interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato processual que, sem ele, não possa ser realizado – à sua presença) é incompatível com a Constituição Federal. As conduções coercitivas encontravam-se suspensas, quando do exame pelo Plenário, desde a concessão de medida liminar, em dezembro de 2017, lavrada pelo Ministro Gilmar Mendes. Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. Brasília, 14 jun. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510&ori=1>. Acesso em: 14 set. 2023.

¹³²Digno de nota a decisão prolatada pela 2ª Turma da Corte nos autos das Reclamações nº 30.008 e 30.025, em 21 de agosto de 2018, quando, após julgarem-nas improcedentes à unanimidade, concederam de ofício *habeas corpus*, neste ponto por apertada maioria (3 votos a 2), para suspender o início da execução das penas impostas a João Cláudio Genu (ex-assessor do Partido Progressista) e José Dirceu de Oliveira (ex-Ministro da Casa Civil, vinculado ao Partido dos Trabalhadores) por condenações definitivas confirmadas em Segundo Grau de Jurisdição, condicionando a execução antecipada da pena ao exame dos recursos interpostos pelos condenados ao Superior Tribunal de Justiça. À época, prevalecia, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento quanto à possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação de decreto condenatório por Tribunal de Apelação (ver HC nº 126.292/SP). 2ª Turma suspende execução das penas de José Dirceu e Genu até julgamento de recursos pelo STJ. Brasília, 21 de ago. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387467&ori=1>. Acesso em: 14 set. 2023.

¹³³Destaca-se, neste ponto, que a vinculação entre (a) a evolução da “Operação Lava Jato” sobre atores políticos relevantes vinculados ao Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e ao Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e (b) a revisão, notadamente pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de determinadas estratégias judiciais que edificaram a Operação, foi indicada pelo professor Oscar Vilhena Vieira em sua obra “A Batalha dos Poderes” (2018), não se tratando de opinião pessoal deste autor. Mantém-se a afirmativa no

marco na história do “combate à corrupção” no Brasil, no âmbito da qual exercidas prerrogativas institucionais pelos agentes de controle e aplicação da lei de modo contundente, emergindo, durante as etapas que foram se sucedendo, importantes fragilidades dos sistemas político e jurídico pátrios e evidenciando-se a adoção de orientações jurisprudenciais rigorosas e (que se pretendia) efetivas a fim de responder à sistêmica corrupção eleitoral vigente – que restou exposta à sociedade e desestabilizou o sistema partidário, corroído por relações promíscuas mantidas entre legendas e setores empresariais –, ainda que, ausente reforma legislativa, permaneçam em vigor determinados incentivos que conduziram à degeneração do presidencialismo de coalizão brasileiro (Vieira, 2018, p. 40-42).

Este movimento de “combate à corrupção” desencadeado a partir da deflagração da “Operação Lava Jato” assentou o Poder Judiciário na posição de protagonista no contexto da democracia brasileira¹³⁴, revelando-se incontestável a expansão da autonomia das instituições de controle e aplicação da lei em detrimento da esfera política¹³⁵. A ascensão¹³⁶ de que se trata,

intuito de registrar temporalmente o momento a partir do qual identificada inflexão no posicionamento adotado por determinados Ministros da Corte (nomeadamente Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, integrantes do referido Colegiado) em relação à orientação até então triunfante. Para além da decisão comentada na nota de rodapé anterior (Reclamações nº 30.008 e nº 30.025, em que concedido *habeas corpus* de ofício em favor de agente político – José Dirceu – historicamente relacionado ao Partido dos Trabalhadores e ex-Ministro da Casa Civil durante o primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva), ressalta-se, conforme apontado por Oscar Vilhena Viera (p. 41), que dois ex-candidatos à Presidência da República pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), José Serra e Aécio Neves, foram, respectivamente, investigado e denunciado no âmbito da “Operação Lava Jato”, ao passo que Michel Temer, que ocupou o cargo de Chefe do Poder Executivo sob a legenda do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), foi denunciado por duas vezes pela Procuradoria-Geral da República, não havendo o prosseguimento da persecução penal por decisão da Câmara dos Deputados. Quanto a este último ponto, ver nota de rodapé 66.

¹³⁴No âmbito do julgamento da Ação Penal nº 470, popularmente denominada de “Caso Mensalão”, o decano da Suprema Corte, Ministro Celso de Mello – em alusão a discurso proferido por Ruy Barbosa, à época Senador Federal, na tribuna parlamentar, no longínquo ano de 1914 –, recordou: “Em todas as organizações políticas ou judiciais sempre há uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade”. O direito de errar por último. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/bernardo-mello-franco/post/o-direito-de-errar-por-ultimo.html>. Acesso em: 16 set. 2023.

¹³⁵Quando da prolação de seu voto no bojo do julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572, em 18 de junho de 2020, o Ministro Celso de Mello invocou, novamente, a célebre frase de autoria do jurista Ruy Barbosa, afirmando, ademais, que o papel de protagonista exercido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da democracia brasileira decorre da relevante expansão das funções institucionais conferidas ao Poder Judiciário pela ordem constitucional inaugurada a partir da promulgação da Carta de 1988, que atribuiu à Suprema Corte o “monopólio da última palavra [...] em matéria de interpretação constitucional” e transformou magistrados e Tribunais em verdadeiros “árbitros dos conflitos” havidos no domínio social e – merecendo especial atenção à compreensão externalizada pelo Ministro – na arena política. Em momento posterior de sua manifestação, alertou o Ministro a adequada percepção do Tribunal acerca das particularidades do momento histórico vivenciado e a plena consciência sobre sua tarefa de conservar a intangibilidade da Constituição Federal, competindo-lhe zelar por sua integridade e pelos princípios e valores insculpidos em seu texto. Íntegra do voto disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inquerito-fake-news-celso-mello.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023. Tal posicionamento já havia sido exposto pelo Ministro na oportunidade em que proferido voto nos autos do Mandado de Segurança nº 26.603, mencionado em momento anterior deste Capítulo.

¹³⁶Tratando sobre a função institucional atribuída ao Tribunal pela Constituição de 1988, o Ministro Teori Zavascki

como anteriormente exposto, resultou – dentre outros fatores elencados no transcorrer deste estudo – do exercício de prerrogativas institucionais de maneira inédita¹³⁷, postura esta que, conforme se verá posteriormente, acarreta consequências ao regime democrático.

Deveras, tornando-se à compreensão sobre o contexto histórico instaurado no Brasil a partir das manifestações populares de junho de 2013, impõe-se registrar apontamento sobre o processo de *impeachment*¹³⁸ da então Presidente Dilma Rousseff, em 2016, evento que pode ser qualificado como maior exemplo, na experiência brasileira, de “estocada institucional” entre os Poderes Executivo e Legislativo e que potencializou a instabilidade institucional da República. Isso porque o contexto em que inaugurado o processo está intimamente vinculado à representação formulada contra Eduardo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados à época, por quebra de decoro parlamentar consistente na manutenção de contas bancárias não declaradas no exterior - sobre as quais, ao ser indagado perante a Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no âmbito do Congresso Nacional para apurar esquema de corrupção na Petrobras, foi omissos -, resultando a aludida representação na abertura, em 02 de dezembro de 2015, de processo disciplinar em desfavor do agente político (responsável por autorizar, ou não, o prosseguimento do processo de *impeachment* submetido à apreciação do Poder Legislativo), sendo decisivos para tanto os votos de dois parlamentares filiados ao Partido dos Trabalhadores (PT), que, no mesmo dia, sofreu duro golpe de retaliação, consistente na decisão prolatada por

(2003, p. 159-165) sustentou entendimento no sentido de que, conferida a Suprema Corte o dever de guardar a Constituição e de proferir a “palavra final” sobre matéria constitucional, consistiria o texto constitucional naquilo que o Supremo Tribunal Federal afirma ser, compreensão esta que evidencia a relevância institucional dos pronunciamentos da Corte e conduz à conclusão de que a inobservância de determinado precedente encontrarse-ia no mesmo patamar de ofensa à Constituição.

¹³⁷Especificamente sobre o exercício de prerrogativas institucionais, merece destaque excerto do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello nos autos da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572, quando aponta a imprescindibilidade de prover o Supremo Tribunal Federal com ferramentas que viabilizem o cumprimento da “vocação constitucional” que lhe foi atribuída pelo constituinte originário, destacando, dentre os instrumentos necessários e almejados, o acesso a “meios de defesa” que assegurem a efetividade do exercício dos controles recíprocos entre os Poderes que integram a República e, via de consequência, garantam ao Poder Judiciário o livre desempenho de sua autonomia orgânica e atividade decisória e a conserva o de sua identidade constitucional.  ntegra do voto disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inquerito-fake-news-celso-mello.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

¹³⁸O processo de *impeachment* foi inaugurado em dezembro de 2015, em oportunidade na qual o então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, autorizou o prosseguimento de pleito formulado pelos juristas Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Jan ina Paschoal, que sustentaram a prática de crime de responsabilidade consistente na prática de expediente denominado de “pedaladas fiscais” e na edi o de decretos de abertura de crédito sem prévia consulta ao Congresso Nacional, estes últimos admitindo a suplementa o do orçamento - ao efeito de estabelecer nova meta fiscal - em montante superior a R\$ 95.000.000.000,00 (noventa e cinco bilhões de reais) e, via de consequência, contribuindo ao descumprimento da meta fiscal de 2015. Argumentaram, ademais, que as referidas “pedaladas fiscais” não configuraram meros atrasos operacionais (uma vez que o débito do Tesouro Nacional com os bancos públicos se acumulou por considerável lapso temporal e alcançou patamares significativamente elevados), o acúmulo dos débitos, em verdade, prestando-se   “fabrica o” de superávit fiscal inexistente, manipulando a situa o em que se encontravam as contas públicas e escondendo o cenário fiscal do país. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>. Acesso em: 16 set. 2023.

Eduardo Cunha de processamento do *impeachment*¹³⁹ (Souza Neto, 2020, p. 94-95).

Diversamente do *impeachment* de Fernando Collor de Mello¹⁴⁰ e a despeito do reduzidíssimo nível de popularidade enfrentado pela então Chefe do Poder Executivo à época (especialmente em virtude da delicada situação econômica do país), seu afastamento provocou intensa reação dos simpatizantes e militantes do Partido dos Trabalhadores (PT), transcendendo a figura de Dilma e promovendo manifestações de inconformidade de determinado (e relevante) segmento da vida política nacional, composto por classes populares e setores posicionados “à esquerda” do cenário político, que, para além do protagonismo de protestos moderados, aderiu à narrativa de que o processo em questão configurou verdadeiro “golpe parlamentar”¹⁴¹ – mantendo-se a coesão da militância e direcionando a responsabilidade quanto à instabilidade institucional estabelecida aos propositores do *impeachment*¹⁴² –, sob o argumento de que inexistente justa causa à promoção do afastamento da então Presidente da República, uma vez

¹³⁹A partir da impetração do Mandado de Segurança nº 34.193, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, impugnou a decisão proferida por Eduardo Cunha perante o Supremo Tribunal Federal, suscitando sua nulidade diante do desvio de finalidade por meio do qual autorizado o prosseguimento do processo de *impeachment*. O relator originário, Ministro Teori Zavascki, indeferiu o pleito liminar formulado, ao passo que seu sucessor, o Ministro Alexandre de Moraes, por ocasião do julgamento do mérito da questão submetida à apreciação do Poder Judiciário, denegou a segurança sob o fundamento de que ausente prova pré-constituída apta a demonstrar, modo incontestável, o alegado desvio de finalidade, ausência esta que impediria o reconhecimento do direito líquido e certo ambicionado pela impetrante. Mandado de Segurança nº 34.193, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 07.12.2018, Dje-266 12.12.2018.

¹⁴⁰Ver item 3.2.

¹⁴¹Considerando o caráter preponderantemente político do processo de *impeachment*, Oscar Vilhena Vieira aponta sua discordância quanto à compreensão de que o denominado – por determinado segmento da vida política nacional – “golpe parlamentar” ostentaria o condão de configurar verdadeira ruptura constitucional, tratando-se, o exercício de tal prerrogativa, de adoção estratégica de instrumento consagrado no texto constitucional – e, portanto, abrigado pelas “regras do jogo” – no intuito de atacar adversário político. Em que pese incontestável a conclusão de que a conspiração política protagonizada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, pelo à época Vice-Presidente da República, Michel Temer, e por outros líderes partidários em desfavor da Chefe do Poder Executivo interfere negativamente na qualidade da democracia brasileira, tanto não autoriza sua equiparação ao patamar de “golpe de Estado”, especialmente em virtude da amplitude das balizas que norteiam o processo instaurado e da competência conferida pelo constituinte originário, modo exclusivo, ao Poder Legislativo para deliberar sobre eventual afastamento, circunstâncias estas que tornam o *impeachment* mecanismo fatal aos governos que não alcancem o apoio de, no mínimo, um terço do Parlamento e ampliam consideravelmente a hermenêutica jurídica no que diz respeito à subsunção de certa conduta nas hipóteses configuradoras de crime de responsabilidade (Vieira, 2018, p. 49).

¹⁴²Cumprir registrar que, poucos dias após encerrado o processo de *impeachment* que confirmou o afastamento de Dilma Rousseff, o Ministro Teori Zavascki, nos autos da Ação Cautelar nº 4.070, determinou a remoção de Eduardo Cunha (então Presidente da Câmara dos Deputados e responsável pela autorização de prosseguimento do referido processo) (Vieira, 2018, p. 47-48) sob o fundamento de que existentes indícios dando conta da obstrução, por Eduardo Cunha, de investigações e da adequada colheita de provas, bem como da intimidação de testemunhas e da adoção de medidas voltadas a impedir o regular andamento de processo-crime que se encontrava em tramitação no Supremo Tribunal Federal (Streck, 2018, p. 286). Considerou-se a ratificação, pelo Plenário da Corte, da decisão prolatada pelo Ministro Relator como “estocada institucional” de seus membros direcionada ao Congresso Nacional (ver item 3.3.3) (Vieira, 2018, p. 48) e como estratégia adotada pelo Tribunal (baseada no controle de agenda da pauta dos processos em Sessão de Julgamento) para favorecer a tramitação e conclusão do processo de *impeachment*. Pesquisadora explica como STF influenciou no impeachment. 4 de nov. de 2016. Disponível em: <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2016/11/04/pesquisadora-explica-como-stf-influenciou-no-impeachment/>. Acesso em: 16 set. 2023.

que as denominadas “pedaladas fiscais” e a edição de decretos (sem prévia consulta ao Poder Legislativo) por meio dos quais viabilizada a abertura de crédito suplementar não configurariam crime de responsabilidade (requisito necessário à instauração do processo de afastamento, nos termos do artigo 85 da Carta de 1988¹⁴³), cuidando-se aquelas de mera prática comum de natureza contábil, igualmente adotada por Chefes do Poder Executivo que a antecederam, ao passo que aos créditos suplementares teria sido conferida posterior autorização parlamentar, a remover suposto vício de origem do ato de edição controvertido, ressaltando-se, ainda, a inocorrência das despesas previstas. Se os apoiadores da, à época, Presidente sustentavam a ausência de amparo constitucional ao seu afastamento, os autores da proposição a consideraram incurso em duas hipóteses configuradoras de crime de responsabilidade, previstas nos incisos VI e VII do artigo 85 do documento constitucional, tese esta que triunfou no âmbito do Congresso Nacional, resultando, do processo de *impeachment*, acusações de ambos os lados: a oposição atribuía à Dilma o uso indevido de suas prerrogativas para burlar a norma orçamentária, enquanto as classes populares simpatizantes do Partido dos Trabalhadores (PT) e os setores posicionados “à esquerda” da vida política nacional imputavam ao Poder Legislativo o exercício inadequado de suas prerrogativas para afastar - tão somente por razões políticas, ausente fundamento jurídico para tanto – a Presidente da República de seu mandato eletivo, democraticamente conferido pela sociedade brasileira (Vieira, 2018, p. 45-46).

Encerrado o processo de *impeachment*, aprofundou-se significativamente estado de desorganização das instituições que estruturam a República, circunstância que acende (ou deveria acender) alerta quanto às consequências advindas de condutas que possam ser classificadas como “retrocessos democráticos”¹⁴⁴, depreendendo-se, a partir da análise das

¹⁴³Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

¹⁴⁴Em 22 de abril de 2016 (data anterior ao afastamento de Dilma Rousseff pelo Congresso Nacional), no bojo de palestra dedicada a estudantes brasileiros da Universidade de Harvard e do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto rechaçou a tese de que o processo de *impeachment* configuraria espécie “golpe”, uma vez que consagrado no texto constitucional, afirmando que o Brasil se encontraria passando por período de “pausa democrática com freio de arrumação para ideias, valores e processos da sociedade brasileira” e ressaltando a necessidade de que o Poder Judiciário, notadamente através de seu órgão de cúpula, mantivesse constante vigilância acerca da tramitação do procedimento. Ayres Britto: Brasil vive momento de pausa democrática para arrumação. 22 de abr. de 2016. Disponível em: <https://bahia.ba/politica/ayres-britto-brasil-vive-momento-de-pausa-democratica-para-arrumacao/>. Acesso em: 19 set. 2023. Neste particular, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal operou relevante intervenção no controle do procedimento do *impeachment*, voltado à preservação da democracia, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, ao realizar ampla reeleitura da Lei nº 1.079/50 (conhecida como Lei do *Impeachment*) e definir a atribuição da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no curso do processo. Enquanto constituições anteriores e a aludida legislação extravagante dispunham sobre a competência

particularidades que envolveram o afastamento de Dilma Rousseff, a implementação de *soft coup* dedicado à deflagração de processo de erosão da democracia brasileira (Souza Neto, 2020, p. 104).

Ascendeu ao comando do Poder Executivo a legenda Movimento Democrático Brasileiro (MDB), ocupando a cadeira mais importante do Palácio do Planalto o então Vice-Presidente da República, Michel Temer, amparado pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e pelo Democratas (DEM), bem como por partidos políticos de menor expressão no cenário nacional, muitos que, inobstante tenham composto a base de sustentação do Governo Dilma, migraram com o objetivo de assegurar abrigo orçamentário e proteção contra a “Operação Lava Jato”. Ainda que relativamente breve, determinados acontecimentos ocorridos durante o Governo Temer¹⁴⁵ reclamam atenção, merecendo registro – para os fins a que se

da Câmara dos Deputados para “declarar procedente a acusação” - que, embora consista em juízo de admissibilidade para posterior julgamento da questão controvertida pelo Senado Federal, ostenta como consequência, na hipótese de declaração de procedência, o imediato afastamento da Chefe do Poder Executivo -, o documento constitucional atualmente em vigência adotou sistemática distinta, conferindo à Câmara dos Deputados a responsabilidade de autorizar o processamento da denúncia (nos termos do artigo 51, inciso I, da Constituição Federal), atribuindo ao Senado Federal o posterior juízo de admissibilidade. No âmbito do julgamento da ADPF nº 378, a Suprema Corte promoveu a adequada redistribuição das atividades a serem desempenhadas por cada Casa do Congresso Nacional, reconhecendo a incompatibilidade entre a previsão do artigo 23 da Lei nº 1.079 (que estabelecia a suspensão do exercício das funções do acusado, fosse o Presidente da República ou Ministro de Estado, até a sentença final como efeito imediato do decreto da acusação) e do artigo 86, § 1º, inciso II, da Constituição Federal (que determina a suspensão do Presidente da República de suas funções, nas hipóteses de crime de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal). Tal reconhecimento deslocou ao Senado a decisão de afastar, ou não a Chefe do Poder Executivo, não se encontrando vinculado à autorização de prosseguimento da Câmara dos Deputados. Deve-se ter em mente que, na data em que proferida a decisão em comento – 17 de dezembro de 2015 -, ostentava considerável relevância, uma vez que, naquele momento, Dilma Rousseff contava com maior apoio no Senado Federal, liderado por Renan Calheiros, do que na Câmara dos Deputados, presidida por Eduardo Cunha (Souza Neto, 2020, p. 96-99).

¹⁴⁵Digno de nota o julgamento, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, de ações propostas pelos opositores da “chapa Dilma-Temer”, que se sagrou vencedora no pleito eleitoral à Presidência da República em 2014, demandas estas que promoveram verdadeira ruptura do “ciclo de submissão” ao resultado das eleições e deslocaram ao Judiciário – na qualidade de árbitro de conflitos oriundos da arena política, conforme expressão adotada pelo Ministro Celso de Mello por ocasião da apreciação da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572 – o centro de tensão inaugurado na esfera política. A despeito da manifestação da Relatora originária, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, pelo arquivamento das ações judiciais, sob o argumento de que ausentes provas (amparadas em matérias jornalísticas) aptas a autorizar o prosseguimento da marcha processual, o Plenário da Corte Eleitoral converteu o julgamento em diligência, prevalecendo a fundamentação advogada pelo Ministro Gilmar Mendes quanto à imprescindibilidade de que fossem envidados esforços ao alcance da “verdade dos fatos”, angariando-se, então elementos probatórios oriundos da “Operação Lava Jato” e produzindo-se outros, consistentes em depoimentos prestados por delatores que “trabalharam” em favor da coligação atacada. Durante a tramitação das ações, concretizou-se o *impeachment* de Dilma Rousseff, circunstância que derruiu o inicial interesse dos proponentes (que não ambicionavam o afastamento de Michel Temer, com quem foi costurada a estratégia que culminou em sua ascensão à Presidência da República) e evidenciou, modo incontestável, a exclusiva pretensão da oposição, ao ajuizar as demandas, de enfraquecer politicamente a chapa vencedora. Apesar da ausência de interesse posterior, o Ministério Público substituiu a Coligação peticionária, incorrendo consequência prática à evolução do curso processual. O julgamento conjunto da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) 761, da Representação (RP) 846 e da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) 194358 foi palco do exercício de prerrogativas institucionais de modo controvertido e exagerado, deslocando-se, ao final, na contramão do movimento de significativa expansão da autonomia do Poder Judiciário frente a esfera política – identificada durante o julgamento da Ação Penal nº

dedica este estudo –, a negativa de autorização da Câmara dos Deputados ao Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, para que instaurasse ação penal em desfavor do à época Presidente Michel Temer, contra quem recaíram suspeitas¹⁴⁶ acerca da prática dos delitos de corrupção passiva¹⁴⁷ e organização criminosa e obstrução de justiça¹⁴⁸, fatos que evidenciam a construção, pelo então Chefe do Poder Executivo, de base de sustentação política no âmbito do Congresso Nacional (Vieira, 2018, p. 51-52).

Avizinhando-se a corrida presidencial de 2018, o Supremo Tribunal Federal apreciou

470 e confirmada no bojo da “Operação Lava Jato” –, sobressaindo entendimento no sentido da rejeição dos elementos probatórios que aportaram aos autos no transcorrer da marcha processual e da consequente improcedência do pedido de cassação da “chapa Dilma-Temer” (Vieira, 2018, p. 52-54).

¹⁴⁶Conforme informações fornecidas por Joesley e Wesley Batista, sócios do frigorífico JBS, o então Presidente Michel Temer foi pelo primeiro gravado em diálogo mantido pessoalmente, no Palácio do Jaburu, no dia 07 de março de 2017, quando, em determinado momento da conversa, o empresário noticia que estava pagando valores para que Eduardo Cunha (ex-Presidente da Câmara dos Deputados e responsável por autorizar o prosseguimento do *impeachment* que culminou no afastamento de Dilma Rousseff) e Lúcio Funaro (economista e operador financeiro), ambos presos no âmbito da “Operação Lava Jato”, permanecessem em silêncio sobre segredos de “dezenas de casos escabrosos”, ao que o então Chefe do Poder Executivo, categoricamente, ressaltou a necessidade de manter o procedimento adotado. Para além da comprometedor manifestação, na mesma data referida anteriormente, Joesley Batista solicitou a Michel Temer auxílio para solucionar imbróglia envolvendo a J&F (*holding* que controlava o frigorífico JBS e a termelétrica EPE) e a Petrobrás, a ser decidido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O Presidente da República à época orientou o empresário a tratar sobre a questão controvertida com Rodrigo Rocha Loures (ex-Chefe de Relações Institucionais da Vice-Presidência, quando Temer ocupava o cargo, e ex-assessor especial da Presidência após o *impeachment*, encontrando-se, por ocasião do diálogo em comento, exercendo o cargo de Deputado Federal, vinculado ao Movimento Democrático Brasileiro), a quem foi oferecida propina de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) semanais pelo período de 20 anos, ocorrendo a primeira entrega da quantia combinada a Rocha Loures por Ricardo Saud, diretor da JBS, tudo filmado pela Polícia Federal, havendo elementos informativos indicando que o montante acordado a título de propina contou com o aval de Michel Temer. PF filma indicado por Temer recebendo propina. 17 de mai. de 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/pf-filma-indicado-por-temer-recebendo-propina-21353989>. Acesso em: 22 set. 2023.

¹⁴⁷Em 02 de agosto de 2017, a Câmara dos Deputados, em ocasião inédita, apreciou Solicitação para Instauração de Processo (SIP) de natureza criminal contra o então Presidente da República, prevalecendo, por 263 a 227 votos, o entendimento adotado no bojo do parecer lavrado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), no sentido de não autorizar o Supremo Tribunal Federal a dar prosseguimento na denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República, que, com base no teor da delação premiada firmada entre o Ministério Público Federal (MPF) e o empresário Joesley Batista, imputou a Michel Temer o recebimento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) através de seu assessor especial, Rodrigo Rocha Loures, preso preventivamente, em junho de 2017, por força de decisão prolatada pelo Ministro Relator, Edson Fachin, nos autos do Inquérito nº 4.517, segregação cautelar esta posteriormente convertida em prisão domiciliar. Câmara nega autorização para processo contra Temer no Supremo. Brasília, 02 de ago. de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/519587-camara-nega-autorizacao-para-processo-contra-temer-no-supremo/>. Acesso em: 17 set. 2023.

¹⁴⁸Em 25 de outubro de 2017, a Câmara dos Deputados deliberou sobre nova Solicitação para Instauração de Processo (SIP) de natureza criminal em desfavor de Michel Temer, triunfando, por 251 a 233 votos, a orientação que conduziu o parecer lavrado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), novamente não autorizando o Supremo Tribunal Federal a dar prosseguimento em denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República, desta vez acusando o então Presidente da República e dois Ministros de Estado, Eliseu Padilha (Casa Civil) e Moreira Franco (Secretaria Geral), de integrar organização criminosa destinada à arrecadação de propinas que totalizariam, aproximadamente, R\$ 587.000.000,00 (quinhentos e oitenta e sete milhões de reais), imputando ao Chefe do Poder Executivo, ainda, a prática do delito de obstrução de justiça. Câmara não autoriza processo por organização criminosa contra Temer e dois ministros. Brasília, 25 de out. de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/526078-camara-nao-autoriza-processo-por-organizacao-criminosa-contra-temer-e-dois-ministros/>. Acesso em: 17 set. 2023.

Habeas Corpus preventivo (nº 152.752)¹⁴⁹ impetrado por Luiz Inácio Lula da Silva em face de decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC nº 434.766)¹⁵⁰, cuidando-se a questão controvertida da (im)possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de decreto condenatório em Segundo Grau de Jurisdição, tendo em vista a confirmação de sua condenação, no âmbito do Tribunal Regional Federal competente (TRF-4), como incurso nas sanções dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Na oportunidade, a Suprema Corte denegou a ordem, por maioria, em atenção à orientação jurisprudencial vigente à época, ressaltando o Ministro Relator, Edson Fachin, entendimento no sentido de que a revisão do posicionamento consolidado pelo Tribunal por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 poderia ser operada tão somente quando da apreciação das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54¹⁵¹, não havendo falar, até eventual revisão da jurisprudência em sede de controle concentrado de constitucionalidade¹⁵², de ilegitimidade na solução jurídica alcançada pelo Superior Tribunal de Justiça ao denegar a ordem postulada pelo paciente¹⁵³.

A despeito da relevância do julgamento, notadamente em virtude de quem figurava na condição de paciente – uma vez que a matéria submetida ao exame da Corte se encontrava, àquela altura, “consolidada”¹⁵⁴ -, circunstância que merece especial atenção diz respeito à tentativa protagonizada pelo General do Exército, Eduardo Villas Boas, de exercer pressão sobre os Ministros no dia anterior ao julgamento da ação constitucional ajuizada por Lula, ao

¹⁴⁹Ver nota de rodapé nº 36.

¹⁵⁰*Habeas Corpus* nº 434.766. Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06.03.2018, DJe 15 mar. 2018.

¹⁵¹Ver nota de rodapé nº 35.

¹⁵²Tendo em vista o resultado do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, resta autorizada a dedução de que, caso houvessem sido pautadas no lugar do *Habeas Corpus* nº 152.752, a solução jurídica alcançada pela Suprema Corte seria outra, produzindo efeitos práticos (isto é, o desencarceramento) nas hipóteses em que, a despeito da condenação em Segundo Grau de Jurisdição, não operado o trânsito em julgado da sentença condenatória, tampouco em vigor segregação cautelar, situação na qual se encontrava, à época, Luiz Inácio Lula da Silva. Com tal dedução, aliás, manifestou concordância o Ministro Marco Aurélio Mello (p. 462 do acórdão proferido nos autos do aludido *writ*), que, expressamente, expôs compreensão no sentido de que, na ocasião, deveriam ter sido apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal as ADCs nº 43, 44 e 54. A reforçar tal dedução está a circunstância de que a Ministra Rosa Weber, que se perfilhava à tese de impossibilidade de execução provisória da pena, quando do julgamento do HC nº 152.752, denegou a ordem postulada pelo paciente, sob o argumento de observância ao “princípio da colegialidade”, ainda que não houvesse real obstáculo à manifestação em sentido contrário, uma vez que o enfrentamento do *writ* se deu no âmbito do Plenário da Corte (Souza Neto, 2020, p. 113).

¹⁵³*Habeas Corpus* nº 152.752, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04.04.2018, DJe-127, 22 jun. 2018. STF nega *habeas corpus* preventiva ao ex-presidente Lula. Brasília, 05 de abr. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>. Acesso em: 19. set. 2023.

¹⁵⁴Considerando as constantes revisões de entendimento acerca da temática referente à execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal, a expressão *consolidada* deve ser compreendida com ressalvas, podendo-se afirmar, tão somente, que, na oportunidade em que impetrado o *Habeas Corpus* nº 152.752, há não muito a Suprema Corte (HC nº 126.292) havia alterado orientação que predominara entre os anos de 2009 e 2016, retomando posicionamento quanto à possibilidade de execução antecipada da pena, condicionada à condenação em Segundo Grau de Jurisdição.

publicar duas mensagens na rede social *Twitter* questionando o compromisso das instituições com “o bem do país e das futuras gerações” e externalizando o sentimento do Exército Brasileiro de “repúdio à impunidade” e a constante atenção “às suas missões institucionais”¹⁵⁵. A pretensão de Villas Boas – que seria nomeado, meses mais tarde, Ministro da Defesa pelo Presidente eleito Jair Bolsonaro – não estava voltada à obstaculização da candidatura de Lula no pleito eleitoral (esta inviabilizada por força da Lei Complementar nº 135/2010, popularmente denominada de Lei da Ficha Limpa, que determina a inelegibilidade a partir da prolação de decisão condenatória por órgão colegiado), mas à manutenção de seu encarceramento, fato que o impediria de participar ativamente da campanha presidencial e defender o candidato a ser lançado pelo Partido dos Trabalhadores (PT). Ainda que inexistam indícios sobre efetiva influência das manifestações do militar no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752, digno de nota o agradecimento direcionado por Jair Bolsonaro a Eduardo Villas Boas no dia em que empossado seu novo Ministro, apontando-o como um dos responsáveis pela conquista da cadeira mais importante do Palácio do Planalto¹⁵⁶ (Souza Neto, 2020, p. 112-113).

O mandato presidencial de Michel Temer encerrou-se de forma melancólica – conforme pesquisa realizada entre os dias 17 e 18 de dezembro de 2018, seu governo contava com 7% de aprovação e 62% de reprovação¹⁵⁷, acumulando robustas suspeitas de ilicitudes protagonizadas pelo próprio Presidente e por agentes a ele diretamente vinculados¹⁵⁸ e fracassos relacionados às pretensões políticas sustentadas, merecendo registro aqueles enfrentados na agenda de privatizações¹⁵⁹ -, seu insucesso político (ao liderar aquele que se revelou o governo mais impopular da história do Brasil)¹⁶⁰, somado à crise político-institucional potencializada pelo

¹⁵⁵Comandante do Exército diz que 'compartilha anseio de repúdio à impunidade'. Brasília, 03 de abr. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/comandante-do-exercito-diz-que-compartilha-anseio-de-repudio-a-impunidade.ghtml>. Acesso em: 20 set. 2023.

¹⁵⁶O senhor é um dos responsáveis por eu estar aqui', diz Bolsonaro a comandante do Exército. Brasília, 02 de jan. de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/o-senhor-um-dos-responsaveis-por-eu-estar-aqui-diz-bolsonaro-comandante-do-exercito-23341238>. Acesso em: 20 set. 2023.

¹⁵⁷Governo Temer tem aprovação de 7% e reprovação de 62%, diz Datafolha. 27 de dez. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/27/reprovacao-de-temer-recua-para-62-no-fim-do-governo-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 22 set. 2023.

¹⁵⁸Dono da JBS gravou Temer dando aval para comprar silêncio de Cunha, diz jornal. 17 de mai. de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/dono-da-jbs-gravou-temer-dando-autorizacao-para-comprar-silencio-de-cunha-diz-jornal.ghtml>. Acesso em: 22 set. 2023; PF vê indícios de que Temer participa de esquema de propina no Porto de Santos desde a década de 90. 17 de out. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/10/17/relatorio-final-do-inquerito-dos-portos-traz-detalhes-sobre-esquema-de-corrupcao-no-porto-de-santos.ghtml>. Acesso em: 22 de set. de 2023.

¹⁵⁹Prazo curto e pressão política “colocam água” na privatização de Temer. 28 de out. de 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/prazo-curto-e-pressao-politica-colocam-agua-na-privatizacao-de-temer-d8qylzclj31cl1wgssa29r7y6/>. Acesso em: 22 set. 2023.

¹⁶⁰Para além das robustas suspeitas de ilicitudes que pairaram sobre o Governo de Michel Temer, tem-se, a prejudicar consideravelmente a popularidade da coalizão governista que assumiu a Chefia do Poder Executivo

impeachment de Dilma Rousseff¹⁶¹, período a partir do qual se iniciou, de modo mais notável, processo de erosão da democracia brasileira (Souza Neto, 2020, p. 115), culminou no enfraquecimento da “direita moderada” e na conseqüente ascensão de ala radicalizada, representada na figura de Jair Bolsonaro, então Deputado Federal e candidato à Presidência da República, para quem migrou considerável parcela dos votos conservadores recebidos por Aécio Neves, político da denominada “direita moderada”, nas eleições presidenciais de 2014. No Brasil, caracteriza-se a ala radicalizada da direita **(a)** por orientação neoliberal no campo econômico, adotando-se postura minimamente intervencionista do Estado no mercado¹⁶², **(b)** pela defesa de pautas conservadoras¹⁶³ no âmbito comportamental¹⁶⁴ e ingerência estatal em temáticas referentes à orientação sexual, religiosa, cultural e educacional, bem como **(c)** pela hostilidade ao sistema político e ao modelo de representação política vigente¹⁶⁵ (Santos; Tanscheit, 2019, p. 08-23).

Tem-se, a partir do exposto na parte inicial deste Capítulo, o ambiente que propiciou a

após o afastamento de Dilma Rousseff, a tentativa de aprovação da reforma previdenciária e suas impopulares previsões (tais como a elevação do tempo mínimo de contribuição para alcançar a aposentadoria, bem como da idade mínima do trabalhador ao reconhecimento do direito em questão) e a efetiva aprovação da reforma trabalhista (estabelecendo o trabalho intermitente, em que a prestação de serviços não é contínua, alternando períodos de inatividade, não havendo a necessidade, em relação à modalidade, da observância do salário mínimo, ocorrendo a contratação por horas trabalhadas, dentre outras disposições que configuraram retrocessos aos direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo da história) (Freitas, 2018, p. 61-75).

¹⁶¹Enquanto a “Operação Lava Jato” colaborou à rejeição dos partidos políticos nacionais mais conhecidos – todos envolvidos, em maior ou menor medida, na sistêmica corrupção eleitoral desvelada pela aludida Operação –, o processo de *impeachment* de Dilma Rousseff contribuiu significativamente à intensificação do confronto entre as alas políticas “de esquerda” e “de direita”, cujos desentendimentos adquiriram contornos de polarização a partir das eleições de 2014 – quando 51,64% da população brasileira votou em favor da reeleição da então Presidente da República, ao passo que 48,36% ambicionavam a ascensão ao Palácio do Planalto do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), após 12 anos de hegemonia do Partido dos Trabalhadores (PT) –, corroborada pela proposição de ações propostas pelos opositores da “chapa Dilma-Temer” (que se sagrou vencedora no pleito eleitoral de 2014), configurando ruptura do “ciclo de submissão” ao resultado das eleições e evidenciando contexto de crise político-institucional posteriormente elevada a maior patamar de tensão com o afastamento de Dilma, cuidando-se de verdadeiro processo de erosão das normas básicas de convivência democrática (Brugnano; Chaia, 2015).

¹⁶²A orientação neoliberal revelada por meio de promessas econômicas formuladas pelo economista Paulo Guedes – que ocupou o cargo de Ministro da Economia durante o mandato de Jair Bolsonaro e comprometeu-se com a realização de reforma na previdência, “enxugamento do Estado”, redução da dívida pública e das despesas com pagamentos de juros através de privatizações, concessões e vendas de propriedades da União – foi amplamente apoiada pelo mercado financeiro e por empresários. Sobre os planos econômicos do Governo Bolsonaro: https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta_1_534284632231.pdf. Acesso em: 27 set. 2023. Sobre o aval do mercado financeiro à candidatura de Jair Bolsonaro: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45986279>. Acesso em: 27 set. 2023.

¹⁶³O *slogan* da campanha eleitoral de Jair Bolsonaro, “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, somado ao não reconhecimento de direitos à população LGBT e a iniciativas de supressão de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres evidenciam traços do conservadorismo de que se trata (Santos; Tanscheit, 2019, p. 31).

¹⁶⁴O que Bolsonaro já disse de fato sobre mulheres, negros e gays. 7 de out. de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/06/politica/1538859277_033603.html. Acesso em: 2 out. 2023.

¹⁶⁵Bolsonaro volta a insinuar que houve fraude na eleição de 2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/01/14/bolsonaro-volta-a-insinuar-que-houve-fraude-na-eleio-de-2018.ghtml>. Acesso em: 27 set. 2018.

eleição de candidato cujas aspirações flertavam com o autoritarismo¹⁶⁶, cumprindo registrar o **(1)** fortalecimento do antipetismo¹⁶⁷ (rejeição à manutenção do Partido dos Trabalhadores – que se perpetuara na Presidência da República por 14 anos - no comando do Poder Executivo, sentimento robustecido pelos desdobramentos judiciais do “Caso Mensalão” e da “Operação Lava Jato”, indicado pelo resultado do pleito eleitoral de 2014, em que o candidato derrotado, Aécio Neves, alcançou mais de 50 milhões de votos¹⁶⁸ e evidenciado pelo apoio popular manifestado durante o processo de *impeachment* de Dilma Rousseff¹⁶⁹), circunstância determinante para que eleitores incomodados com o extremismo externalizado por Jair Bolsonaro ainda assim o elegessem como opção de voto¹⁷⁰, e **(2)** a pretensão popular antissistema, que se revelou, modo considerável, a partir dos protestos de junho de 2013 e consiste na desaprovação de todos os partidos políticos tradicionais (identificando-se, igualmente neste particular, influência das repercussões judiciais decorrentes dos mencionados “Caso Mensalão” e “Operação Lava Jato”), dois aspectos que catapultaram candidato extremista¹⁷¹, de perfil caricato¹⁷², à preferência dos eleitores¹⁷³ – em detrimento daqueles

¹⁶⁶ Bolsonaro menciona chefe do DOI-CODI ao votar pelo *impeachment*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-menciona-chefe-do-doi-codi-ao-votar-pelo-impeachment-2-19112343>. Acesso em: 23 set. 2023; Bolsonaro afirma que torturador Brilhante Ustra é um “herói nacional”. 8 de ago. de 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-afirma-que-torturador-brilhante-ustra-e-um-heroi-nacional>. Acesso em: 23 set. 2023; Nos anos 90, Bolsonaro defendeu novo golpe militar e guerra. 3 de jun. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/nos-anos-90-bolsonaro-defendeu-novo-golpe-militar-e-guerra.shtml>. Acesso em: 23 set. 2023; Veja 11 frases polêmicas de Bolsonaro. 6 de out. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/veja-11-frases-polemicas-de-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 2 out. 2023.

¹⁶⁷ Reação conservadora e antipetista alavanca Bolsonaro. 17 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/reacao-conservadora-e-antipetista-alavanca-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁶⁸ Dilma superou votação de Aécio às 19h32; veja gráfico. 28 de out. de 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/blog/eleicao-em-numeros/post/dilma-superou-votacao-de-aecio-19h32-veja-grafico.html>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁶⁹ 68% apoiam *impeachment* de Dilma, diz pesquisa Data Folha. 19 de mar. de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/68-apoiam-impeachment-de-dilma-diz-pesquisa-datafolha.html>. Acesso em: 23. set. 2023.

¹⁷⁰ Eleições 2018: voto anti-PT; por segurança e pela família tradicional, o que pensam as mulheres que escolheram Bolsonaro. 4 de out. de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45714612>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁷¹ Há 20 anos, Bolsonaro defendeu fechamento do Congresso e a morte do então presidente, Fernando Henrique. 24 de mai. de 2019. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-acervo/post/ha-20-anos-bolsonaro-defendeu-fechamento-do-congresso-e-morte-do-entao-presidente-fernando-henrique-cardoso.html>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁷² Bolsonaro: “Quilombola não serve nem pra procriar”. 5 de abr. de 2017. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/bolsonaro-quilombola-nao-serve-nem-para-procriar/>. Acesso em: 23 set. 2023;

¹⁷³ Evidencia a improbabilidade da candidatura de Jair Bolsonaro a circunstância de que nenhum dos partidos políticos tradicionais (de porte grande ou médio) aderiram à sua pretensão de concorrer à Presidência da República. Ainda assim, em razão de combinação de fatores extremamente singular (traduzida, pelos autores, na expressão “a moeda caiu de pé”, empregada para explicar o resultado das eleições presidenciais de 2018), o candidato que se autodenominava *outsider* sagrou-se vencedor e, conseqüentemente, Presidente do Brasil (Moura; Corbellini, 2019).

vinculados à “esquerda” (especialmente em virtude do antipetismo, uma vez que, embora não se trate do único partido que sustenta determinado viés político-ideológico, por certo é o mais relevante no cenário político brasileiro) ou mesmo dos que, inobstante perfilhados à visão econômica neoliberal e ao conservadorismo em matérias comportamentais, encontravam-se há muito na vitrine eleitoral, filiados a partidos políticos tradicionais (a exemplo de Geraldo Alckmin, candidato à Presidência da República pelo Partido da Social Democracia Brasileira nas eleições de 2018) – e, conseqüentemente, à cadeira mais importante do Palácio do Planalto (Souza Neto, 2020, p. 121).

Ao examinar os fatores que concorreram à eleição de Jair Bolsonaro, Cláudio Pereira de Souza Neto (2020, p. 125) aponta a intervenção judiciária na dinâmica política nacional como preponderante à ascensão de governante de perfil autocrático na Chefia do Poder Executivo, notadamente no que diz respeito à condenação de Luiz Inácio Lula da Silva no âmbito da Operação Lava Jato – proferida pelo Juiz Federal Sérgio Moro¹⁷⁴ e ratificada pelo Tribunal Federal da 4ª Região (TRF-4)¹⁷⁵, pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁶ – e à alteração de entendimento jurisprudencial promovida por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, autorizando a execução antecipada da pena após proferida condenação em Segundo Grau de Jurisdição, decisões estas que inviabilizaram não apenas a candidatura de Lula (que teve a candidatura confirmada pelo Partido dos Trabalhadores ao cargo de Presidente da República nas eleições de 2018¹⁷⁷ e, posteriormente, indeferida pelo Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, amparado na Lei Complementar nº 135/2010¹⁷⁸), mas qualquer participação

¹⁷⁴ Sérgio Moro condena ex-Presidente Lula a 9 anos e 6 meses de prisão. Disponível em: 12 de jul. de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/07/sergio-moro-condena-ex-presidente-lula-9-anos-e-6-meses-de-prisao.html>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁷⁵ Operação Lava Jato: TRF4 confirma condenação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. 24 de jan. de 2018. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13418. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁷⁶ Em decisão unânime, 5ª Turma do STJ mantém condenação de Lula e reduz pena para 8 anos e 10 meses. 23 de abr. de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/23/maioria-da-5a-turma-do-stj-mantem-condenacao-mas-vota-pela-reducao-da-pena-de-lula.ghtml>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁷⁷ PT confirma Lula candidato; em mensagem, ex-presidente diz que 'querem fazer eleição de cartas marcadas'. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/04/pt-confirma-lula-como-candidato-a-presidencia-da-republica.ghtml>. Acesso em: 23 de set. de 2023.

¹⁷⁸ A solução jurídica alcançada pelo Tribunal Superior Eleitoral sustentou a inelegibilidade de Lula – razão pela qual indeferido o registro de sua candidatura à Presidência da República – com base na previsão do artigo 1º, inciso I, alínea 'e', itens 1 e 6, da Lei Complementar nº 64/90 (com redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010, denominada de Lei da Ficha Limpa), que determina a inelegibilidade daqueles que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado (situação de Lula à época em que examinada a questão controvertida pelo TSE), desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena, pelos crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público (item 1) e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (item 6). TSE indefere pedido de registro de candidatura de Lula à Presidência da República. 01 de set. de 2018. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica>. Acesso em: 23 set. 2023.

no pleito eleitoral (ainda que na condição de apoiador de Fernando Haddad, escolhido como seu substituto¹⁷⁹ e principal adversário de Bolsonaro, que o derrotou no segundo turno da corrida presidencial¹⁸⁰).

4.2 PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS DIRECIONADAS AOS COLEGAS DE CORTE: A ILUSTRAÇÃO DO *DÉFICIT* DE LEGITIMIDADE NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Destaca-se, para além das “intervenções judiciárias” anteriormente mencionadas, determinada sequência de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em 2018. Os jornalistas Florestan Fernandes Junior e Mônica Bergamo e o veículo de comunicação Folha da Manhã ajuizaram as Reclamações nº 31.965 e 32.035 perante a Suprema Corte contra ordem judicial prolatada pela 12ª Vara Federal de Execuções Penais de Curitiba¹⁸¹, que indeferiu a concessão de entrevistas pelo à época pré-candidato à Presidência da República pelo Partido dos Trabalhadores (PT), que se encontrava recolhido na sede da Polícia Federal, em Curitiba, cumprindo privativa de liberdade de 12 anos e 1 mês de reclusão, estabelecida pelo Tribunal Federal da 4ª Região (TRF-4)¹⁸². Ao apreciar as Reclamações¹⁸³, o Ministro Ricardo Lewandowski, a quem distribuídas as demandas, julgou-as procedentes, autorizando a

¹⁷⁹ PT anuncia candidatura de Fernando Haddad à Presidência no lugar de Lula. 11 de set. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/eleicoes/2018/noticia/2018/09/11/pt-anuncia-candidatura-de-fernando-haddad-a-presidencia-no-lugar-de-lula.ghtml>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁸⁰ Jair Bolsonaro é eleito presidente e interrompe série de vitórias do PT. 28 de out. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/28/jair-bolsonaro-e-eleito-presidente-e-interrompe-serie-de-vitorias-do-pt.ghtml>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁸¹ A Juíza Federal Carolina Moura Lebbos fundamentou que, inobstante se apresentasse, à época, como pré-candidato do Partido dos Trabalhadores à Presidência da República, Luiz Inácio Lula da Silva encontrava-se em situação de inelegibilidade decorrente de condenação confirmada pelo Tribunal Federal da 4ª Região (TRF-4) no âmbito da “Operação Lava Jato”, destacando, especificamente quanto ao pleito de entrevista submetido à sua apreciação, as necessidades de preservação da segurança e da estabilidade do ambiente carcerário, que não admitem contato com o mundo exterior, inexistindo previsão legal que autorizasse o exercício do direito de expressão de Lula nos moldes em que pretendido, isto é, mediante realização de entrevista, e alegando, ainda, que o deferimento do pedido incorreria em tratamento desigual em relação aos demais apenados, tendo em vista a absoluta inviabilidade, por razões de segurança pública e administração penitenciária, de universalização, à população carcerária, do direito de se comunicar com o mundo exterior através de sabatinas/entrevistas a serem realizadas por veículos de comunicação. Juíza proíbe Lula de gravar vídeos e fazer pré-campanha na prisão. 11 de jul. de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/juiza-proibe-lula-de-gravar-videos-fazer-pre-campanha-na-prisao-22876249>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁸² Posteriormente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça arrefeceu a privativa de liberdade imposta a Lula para 8 anos e 10 meses de reclusão (ver nota de rodapé 79).

¹⁸³ Registre-se, para fins de adequada compreensão acerca da sucessão de eventos da qual se trata, que, quando proferida decisão, no âmbito da 12ª Vara Federal de Execuções Penais de Curitiba, indeferindo pedido de entrevista, Luiz Inácio Lula da Silva apresentava-se como pré-candidato à Presidência da República pelo Partido dos Trabalhadores (PT), ao passo que, por ocasião do julgamento de procedência das Reclamações nº 31.965 e 32.035, já havia sido indeferido o registro da candidatura de Lula pelo Tribunal Superior Eleitoral (ver nota de rodapé 81).

realização da entrevista pretendida, sob o argumento de que, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130¹⁸⁴, a Suprema Corte declarou não ter sido recepcionada a Lei nº 5.250/1967, denominada de Lei de Imprensa¹⁸⁵, pela Constituição Federal de 1988, assim como que a decisão atacada, ao censurar a imprensa e negar ao recluso o direito de contato com o mundo exterior, violaria gravemente o entendimento adotado na oportunidade em que examinada a aludida ação de matriz constitucional. No bojo de sua manifestação, o Ministro Relator apontou, ainda, que: **(a)** inobstante disposição contida na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) estabelecendo que se concretiza o contato do preso com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes – aqui identificada a possibilidade de realização de entrevista jornalística –, não haveria fundamentado, a ordem judicial hostilizada, por qual razão a concessão da entrevista controvertida comprometeria a moral e os bons costumes; **(b)** Luiz Inácio Lula da Silva não se encontrava em regime de incomunicabilidade ou em estabelecimento penitenciário de segurança máxima; **(c)** autorizou-se a veículo de comunicação distinto o acesso à sala, situada no interior da sede da Polícia

¹⁸⁴Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal destacou ter o constituinte originário reservado à imprensa bloco normativo próprio, denominado “Da Comunicação Social”, a evidenciar o cuidado da ordem constitucional vigente com aquela que foi intitulada de “instituição-ideia”, a quem assegurado o direito de controlar e revelar “as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade”, oferecendo alternativas à versão estatal e constituindo-se em verdadeira arena de desenvolvimento do pensamento crítico (entendido como aquele comprometido com a “verdade e essência das coisas”). Ressaltou-se, ademais, que o documento constitucional tratou como sinônimos liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, inexistindo margem à censura prévia de direito que símbolo da dignidade da pessoa humana e do mais “evoluído estado de civilização”. Anotou-se, ainda, cuidar-se a disposição insculpida no artigo 220 da Constituição Federal de previsão “de instantânea observância” quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social, que veda restrição à concreta manifestação do pensamento, à criação, à expressão, à informação, ao processo ou a veículo de comunicação social, estabelecendo “o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações”. Ao final, declarou-se incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Carta de 1988, notadamente em virtude de seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. Íntegra do acórdão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 24 set. 2023.

¹⁸⁵ Devendo-se ter em mente que a Lei nº 5.250/1967 foi editada durante a época em que vigente, no Brasil, regime ditatorial, com o anunciado objetivo de regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, dignos de nota determinadas previsões contidas na legislação controvertida, que dispunham **(a)** sobre a proibição de publicação e circulação de livros, jornais e demais periódicos que atentassem contra a moral e os bons costumes (artigo 2º, *caput*), **(b)** estabelecendo pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção a quem ofendesse a moral e os bons costumes (artigo 17, *caput*), conduta elevada ao patamar de “crimes na exploração ou utilização dos meios de informação e divulgação” (artigo 13), bem como **(c)** sujeitando à apreensão os impressos que ofendessem a moral pública e os bons costumes (artigo 61, inciso II), **(d)** autorizando ao Poder Judiciário a determinação, de ofício, de apreensão imediata dos impressos para impedir sua circulação (artigo 61, § 6º) e, **(e)** em caso de reincidência pelo mesmo jornal ou periódico, pela mesma empresa, ou por periódicos ou empresas diferentes, mas que contassem com o mesmo diretor responsável, a suspensão da impressão, circulação ou distribuição do jornal ou periódico (artigo 62, *caput*).

Federal, onde Lula estava detido¹⁸⁶, circunstância que tornava o indeferimento em questão nítida quebra de tratamento isonômico entre veículos de imprensa; e **(d)** a alegada falta de segurança no ambiente em que custodiado não se prestava a justificar a rejeição do requerimento, considerando cuidar-se de preso com idade superior a 70 anos, já submetida a tratamento de câncer, não se revelando verossímil a conclusão de que a entrevista ambicionada ofereceria maior risco à ordem do sistema carcerário do que outras, concedidas por condenados pela prática de delitos de tráfico de drogas e homicídio¹⁸⁷.

Ainda em 28 de setembro de 2018, data na qual prolatada a aludida decisão pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Partido Novo, invocando “interferência no processo eleitoral” e a impossibilidade de que a liberdade de imprensa se sobrepusesse à “liberdade de voto” submeteu à análise da Suprema Corte pedido de Suspensão de Liminar (nº 1.178), esta encaminhada ao Ministro Luiz Fux¹⁸⁸ (na qualidade de Presidente em exercício da Corte), que, sob o fundamento de haver “elevado risco de desinformação na véspera do sufrágio” caso divulgada a entrevista a ser realizada com Luiz Inácio Lula da Silva, cujo registro de candidatura fora indeferido pelo Tribunal Superior Eleitoral (circunstância destacada no corpo da manifestação proferida), determinou que Lula se abstinhasse de conceder entrevista ou prestar declaração a qualquer veículo de comunicação, assim como proibiu a divulgação do conteúdo de eventual entrevista ou declaração já realizada, sob pena de configuração de crime de desobediência¹⁸⁹.

Em 1º de outubro de 2018¹⁹⁰, ao apreciar petição protocolada nos autos da Reclamação nº 31.965 pelo jornalista Florestan Fernandes Junior, que noticiou o descumprimento, pela Superintendência da Polícia Federal de Curitiba, da decisão proferida no bojo daquela demanda – em razão da superveniência de ordem judicial exarada no âmbito da Suspensão de Liminar nº 1.178 –, o Ministro Ricardo Lewandowski reafirmou a autoridade de sua anterior manifestação,

¹⁸⁶ Exclusivo: A vida de Lula no cárcere. 3 de mai. de 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/exclusivo-a-vida-de-lula-no-carcere>. Acesso em: 24 set. 2023.

¹⁸⁷ Ministro autoriza ex-Presidente Lula a ser entrevistado pela imprensa. 28 de set. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391098>. Acesso em 24 set. 2023.

¹⁸⁸ Fux suspende liminar de Lewandowski e proíbe entrevistas de Lula. 28 de set. de 2023. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/09/fux-suspende-liminar-de-lewandowski-e-proibe-entrevistas-de-lula-cjmmqtq9wd00w401pixofk5754.html>. Acesso em: 24 set. 2023.

¹⁸⁹ Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

¹⁹⁰ Na mesma data, ao apreciar a Petição nº 65.124, submetida pelo Sul 21 Mídia Eletrônica S/A – postulando a extensão dos efeitos da decisão proferida nos autos das Reclamações nº 31.965 e 32.035 –, o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu o pleito de extensão, determinando fosse franqueada ao veículo de comunicação e sua respectiva equipe técnica acesso a Luiz Inácio Lula da Silva, no intuito de que fosse entrevistado, destacando que eventual inobservância da ordem judicial prolatada caracterizaria crime de desobediência. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5552299>. Acesso em: 26 set. 2023.

sob o argumento de que aquela lavrada pelo Ministro Luiz Fux não ostentaria “forma ou figura jurídica admissível no direito vigente”, assim como que o conteúdo seria “absolutamente inapto a produzir qualquer efeito no ordenamento legal”. Prosseguiu ao elencar os denominados “vícios gravíssimos”¹⁹¹ – que igualmente adjetivou de “erros inescusáveis” – nos quais teria incorrido seu colega de Corte, destacando **(1)** a inexistência de hierarquia entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁹² e **(2)** a ocorrência do que intitulou de “flagrante usurpação de competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal”, afirmando ter-lhe causado espécie a sucessão de movimentações processuais constatadas desde o ajuizamento da controvertida Suspensão de Liminar.

De fato, a argumentação desenvolvida pelo Ministro Ricardo Lewandowski fundou-se na circunstância de que, remetida virtualmente a demanda ao Supremo Tribunal Federal às 18h52min de 28 de setembro de 2018, fora autuada às 19h10min, sobrevindo, às 20h51min, cópia de e-mail enviado por setor administrativo certificando a ausência do Ministro Dias Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal Federal, e determinando o encaminhamento dos autos ao Ministro Luiz Fux, Vice-Presidente, que, às 22h34min, assinou a decisão classificada por Lewandowski como “questionada e questionável”. Ocorre que, para além do fato de que Dias Toffoli se encontrava em território nacional (no Estado de São Paulo), no pleno gozo dos poderes jurisdicionais inerentes à função de Presidente da Suprema Corte, bem como de que Luiz Fux também não estava em Brasília – a denotar que não fora a ausência de Toffoli das dependências do Tribunal que justificou a redistribuição da Suspensão de Liminar nº 1.178, inexistindo registro sobre o motivo pelo qual se procedeu à remessa do feito ao Vice-Presidente

¹⁹¹O Ministro Ricardo Lewandowski, no bojo da decisão em comento, listou como erros inescusáveis cometidos pelo Ministro Luiz Fux: **(a)** o não cabimento de ajuizamento de Suspensão de Liminar contra decisão proferida por Ministro do Supremo Tribunal Federal; **(b)** a inadmissibilidade de revisão de decisão de mérito prolatada nos autos de Reclamação por meio de Suspensão de Liminar (por ocasião do enfrentamento das Reclamações, não houve deferimento de medida liminar, mas julgamento de procedência das demandas); **(c)** a ilegitimidade de partido político à proposição de Suspensão de Liminar; **(d)** a incompatibilidade entre a Suspensão de Liminar e o objeto da Reclamação; **(e)** a ocorrência de flagrante usurpação de competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal; **(f)** a inexistência de hierarquia entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; **(f)** a competência exclusiva das Turmas e não do Plenário para a apreciação dos recursos das Reclamações julgadas monocraticamente (hipótese em que se enquadravam as Reclamações nº31.965 e 32.035); **(g)** a inexistência de previsão regimental ou legal à ratificação de decisão do Presidente (o Ministro Luiz Fux proferiu a decisão controvertida na condição de Presidente em exercício da Suprema Corte) pelo Plenário da Casa quando se trata de Suspensão de Liminar. Íntegra da decisão disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/10/lewandowski.pdf>. Acesso em: 26 set. 2023.

¹⁹²Especificamente quanto ao ponto, cumpre transcrever excerto da manifestação do Ministro Relator ao reafirmar a autoridade da decisão anteriormente prolatada: “Caso mantida a teratológica decisão, estaria legitimada a atuação do Presidente da Corte ou de outro Ministro que lhe fizesse as vezes como revisor das medidas liminares ou mesmo de mérito proferidas pelos demais Ministros, o que se afiguraria não só inusitado como francamente inadequado, justamente porque todos os integrantes da Casa compõem o mesmo órgão jurisdicional, não se podendo cogitar de qualquer hierarquia jurisdicional entre eles”. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/10/lewandowski.pdf>. Acesso em: 26 set. 2023.

–, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que Fux não adotou o mesmo celeridade procedimento quanto à Suspensão de Liminar tombada sob o nº 1.177, distribuída ao seu gabinete na mesma data, às 16h03min, inobstante contivesse requerimento urgente¹⁹³.

Considerando o imbróglio instaurado, o então Ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann, provocado pelo Diretor-Geral da Polícia Federal, requisitou, no âmbito da Suspensão de Liminar nº 1.178, orientação acerca dos efeitos da ordem judicial exarada nos autos desta demanda, tendo em vista que contraditória ao teor daquelas prolatadas no bojo das Reclamações nº 31.965 e 32.035, ocasião em que o Ministro Dias Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, ratificou a manifestação lavrada pelo Ministro Luiz Fux até ulterior deliberação pelo Plenário da Corte¹⁹⁴.

Inconformado com a proibição de que fosse entrevistado pelos veículos de comunicação interessados, Luiz Inácio Lula da Silva ajuizou (indicando como ordem judicial atacada a decisão proferida pela 12ª Vara Federal de Execuções Penais de Curitiba) Reclamação tombada sob o nº 32.111, distribuída por prevenção ao Ministro Ricardo Lewandowski, que, na esteira da fundamentação adotada quando da apreciação das Reclamações nº 31.965 e 32.035, julgou-a procedente, determinando, no entanto, o encaminhamento dos autos ao Ministro Dias Toffoli, a fim de que deliberasse sobre a questão submetida à apreciação da Corte, procedimento empregado “a fim de evitar-se tumulto processual, insegurança jurídica e instabilidade no sistema de Justiça”¹⁹⁵. Remetida a demanda ao Presidente da Suprema Corte, restou mantida a decisão exarada pelo Ministro Luiz Fux no bojo da Suspensão de Liminar nº 1.178 e ratificada anteriormente pelo próprio Ministro Toffoli¹⁹⁶.

Operado o trânsito em julgado das Reclamações nº 31.965 e 32.035, ambas julgadas procedentes – não produzindo seus efeitos, contudo, em virtude da aludida ordem judicial lavrada por Fux –, o Ministro Relator determinou, em 03 de dezembro de 2018, fossem encaminhados os autos ao Ministro Dias Toffoli, a fim de que examinasse eventual

¹⁹³O pedido, formulado pelo Município de São Joaquim da Barra, afirmava que o Ente permaneceria sem transporte público de 30 de setembro a 12 de outubro de 2018, quando o novo concessionário contratado iniciaria a prestação do serviço. Note-se, portanto, a absoluta relevância da informação submetida pelo Município ao Supremo Tribunal Federal e a consequente urgência – notadamente em razão da data a partir da qual seria interrompido o fornecimento de serviço fundamental à comunidade – de que fosse apreciado pelo Ministro a quem remetida a questão. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/10/lewandowski.pdf>. Acesso em: 26 set. 2023.

¹⁹⁴Toffoli suspende liminar que autorizava entrevista de Lula. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-01/toffoli-suspende-liminar-autorizava-entrevista-lula>. Acesso em: 26 set. 2023.

¹⁹⁵Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5560797>. Acesso em: 26 set. 2023.

¹⁹⁶Toffoli volta a decidir contra autorização para entrevista de Lula. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/toffoli-volta-decidir-contra-autorizacao-para-entrevista-de-lula>. Acesso em 26 de set. de 2023.

prejudicialidade da aludida Suspensão de Liminar e, em assim procedendo, fixa-se o imediato cumprimento da decisão, isto é, autorizasse a realização das entrevistas pretendidas pelos reclamantes com Luiz Inácio Lula da Silva. Ao analisar a questão, com base na previsão do artigo 4º, § 9º, da Lei nº 8.437/1992¹⁹⁷, o Presidente do Supremo Tribunal Federal autorizou fossem concedidas entrevistas por Lula – ainda preso na sede da Polícia Federal, em Curitiba – aos veículos de comunicação e jornalistas reclamantes, decisão prolatada em 18 de abril de 2019¹⁹⁸, uma semana após Jair Bolsonaro completar 100 dias na Presidência da República¹⁹⁹.

4.3 CATIMBA CONSTITUCIONAL: COMPREENSÃO DO CONCEITO E DO PERIGO DE SUA REITERAÇÃO

Ao examinar o contexto brasileiro a partir das manifestações de junho de 2013 até o período eleitoral de 2018, Oscar Vilhena Vieira diagnosticou ter o Brasil mergulhado em forte turbulência – descrita pelo autor como situação de “profundo mal-estar constitucional” -, caracterizada por “jogadas constitucionais cada vez mais duras”, através das quais atores políticos e institucionais tomaram gosto pelo exercício das prerrogativas decorrentes de seus mandatos e cargos ocupados a fim de remodelar (e, via de consequência, tumultuar) as relações havidas entre os Poderes. As denominadas “jogadas constitucionais”, também compreendidas como estocadas institucionais²⁰⁰ - que, por sua natureza, provocam retaliações e tendem a se perpetuar -, são empregadas pelas mais distintas razões, desde a tutela da ordem constitucional vigente até a pretensão de extensão do poder desempenhado dentro do sistema constitucional. Nesse cenário, sobrevieram manifestações **(a)** no sentido de que se estaria diante de quadro de crise institucional (sob a compreensão de que o conceito de legitimidade não se esgotaria na identificação de (i)legalidade de determinada conduta, concluindo-se que determinadas ações, ainda que encontrem abrigo na legalidade, podem não o encontrar na legitimidade, esta

¹⁹⁷Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. [...]§ 9º. A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

¹⁹⁸Disponível em: <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2019/04/Lula.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

¹⁹⁹O que os primeiros 100 dias de Bolsonaro indicam sobre os desafios de seu governo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47876488>. Acesso em: 27 set. 2023.

²⁰⁰Ver notas de rodapé nº 28 e 49. Para além destas, digno de nota que, na compreensão de Oscar Vilhena Vieira, o maior exemplo de estocada constitucional, na experiência brasileira, entre os Poderes Legislativo e Executivo deu-se por ocasião da decisão exarada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, ao autorizar o prosseguimento de processo de *impeachment* proposto em desfavor da ex-Presidente Dilma Rousseff.

relacionada à interferência de certa postura nos valores relevantes da vida política)²⁰¹, enquanto outras **(b)** apontando para a normalidade institucional, tendo em vista que os conflitos políticos e jurídicos (alguns destes retratados durante este estudo) estabelecidos no Brasil ocorreram dentro das balizas estabelecidas pelas previsões legais e constitucionais²⁰² (Glezer, 2018, p. 31-32).

Note-se que a sucessão de decisões conflitantes entre Ministros do Supremo Tribunal Federal anteriormente relatada configura didático exemplo sobre postura intitulada por Rubens Glezer (2018) como “catimba constitucional” (exercida no interior da Corte), compreensão inaugurada pelo professor norte-americano Mark Tushnet a partir do desenvolvimento da expressão “*constitutional harball*”, consistente em reivindicações e práticas políticas que, inobstante situadas dentro dos limites estabelecidos pela doutrina e prática constitucional, promovem certo nível de tensão com compreensões pré-constitucionais (Tushnet, 2004, p. 523)²⁰³. No ano de 2020, em oportunidade na qual concedeu entrevista à Revista Estado da Arte²⁰⁴, o autor reforçou o conceito desenvolvido há mais de 15 anos, tratando o “jogo duro constitucional” – em tradução livre – como fenômeno identificável quando agentes políticos adotam condutas que, a despeito de sua compatibilidade com a ordem constitucional vigente, conflituam com compreensões pressupostas acerca do comportamento político adequado. Neste particular, salientou que, no contexto de cada Estado, para além das regras constitucionais, há determinadas práticas vinculadas ao jogo político-institucional que são consideradas implicitamente instituídas, configurando espécie de convenção, a despeito de não se

²⁰¹ É difícil definir tanto o começo quanto o fim de uma democracia. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/angela-alonso/2019/05/e-dificil-definir-tanto-o-comeco-quanto-o-fim-de-uma-democracia.shtml>. Acesso em: 27 set. 2023.

²⁰² Quando devemos nos preocupar. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/carlos-pereira/quando-devemos-nos-preocupar/>. Acesso em: 27 set. 2023. Ressalte-se que, inobstante tenha sido escrito o texto já durante o Governo Bolsonaro, tratando sobre manifestações truculentas, que, por vezes, situariam-se à margem das balizas constitucionais, o momento histórico no qual desenvolvido – após as eleições presidenciais de 2018 – não prejudica sua citação, ainda que o professor Oscar Vilhena Vieira tenha diagnosticado situação de “profundo mal-estar constitucional” anteriormente à ascensão de Jair Bolsonaro à Presidência da República. O ponto principal do argumento desenvolvido por Carlos Pereira – que dialoga perfeitamente, a título exemplificativo, com a corrente que advoga a tese de normalidade institucional – encontra-se na compreensão de que a adoção de condutas, por determinados atores políticos e/ou institucionais, “retrogradadas” não configura necessariamente ameaça à estabilidade institucional do país, notadamente quando identificadas reações oriundas da sociedade e das instituições em defesa dos “procedimentos democráticos”, constatando-se, em verdade, o funcionamento de “democracia plenamente ativa e vibrante”.

²⁰³ “Um esboço abreviado de “*constitutionalhardball*” é isto: consiste em alegações e práticas políticas, iniciativas legislativas e administrativas, que estão claramente dentro dos limites estabelecidos pela doutrina e pela prática jurídica, mas que parecem fugir de compreensões pré-constitucionais. São jogadas de *hardball* porque seus agentes se percebem agindo como se fosse um tudo ou nada; eles acreditam que há riscos altos nos resultados de suas ações politicamente controversas, e que sua derrota – com a vitória de seu oponente –, geraria um prejuízo possivelmente permanente para seus *status* político” (Tushnet, 2004, p. 523).

²⁰⁴ Jogo duro constitucional: uma conversa com Mark Tushnet. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/tushnet-hardball-entrevista/>. Acesso em: 27 set. 2023

encontrarem expressamente insculpidas no texto constitucional. É exatamente o rompimento com as condutas não impostas pela Constituição, mas convencionadas como normas comportamentais intrínsecas ao jogo político-institucional que representa a materialização de “*constitutional hardball*”.

Em diálogo com os entendimentos pressupostos sobre o comportamento político adequado – Tushnet utiliza a expressão “*pre-constitutional understanding*” (2004, p. 523) –, os cientistas políticos estadunidenses Steven Levitsky e Daniel Ziblatt ressaltam que as regras constitucionais, só por si, não bastam à proteção da democracia, por mais bem-projetadas que sejam, uma vez que suas inevitáveis lacunas e ambiguidades, inerentes a qualquer conjunto de regras, tornam-na sujeitas a interpretações conflitantes, evidenciando a necessidade de observância do “fino tecido da convenção” (Huq; Ginsburg, 2018, p. 70) para fins de salvaguardar empreendimento democrático de autoritários potenciais, mencionada, como exemplo apto a referendar a tese sustentada, a experiência brasileira durante o primeiro Governo de Getúlio Vargas, momento histórico em que vigente, na teoria, ordenado arranjo institucional de freios e contrapesos, o qual, no entanto, não se revelou suficiente para impedir a ruptura da ordem constitucional democrática vigente no Brasil e a instalação de regime autoritário capitaneado pelo então Chefe do Poder Executivo (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 100-101).

Ainda que não se ignore a incontestável (e imprescindível) existência de regras escritas (Constituições) e árbitros (Tribunais) no âmbito das democracias ocidentais, argumentam que o melhor funcionamento de Constituições e Tribunais – e, conseqüentemente, a perpetuação destes – encontra-se intimamente relacionado ao fortalecimento do documento constitucional escrito por convenções implicitamente pactuadas (regras não escritas) do jogo político-institucional, cuidando-se de verdadeiras “grades flexíveis de proteção da democracia” que inviabilizam a transformação da disputa política cotidiana em arena irrestrita de reivindicações, investidas e contra-ataques políticos. Direciona-se às convenções implicitamente pactuadas (ou aos pressupostos sobre o comportamento político adequado) a expectativa de que sejam capazes de evitar a prática do “jogo duro constitucional”, compreendido, a partir das considerações expostas, como combate institucional decorrente da ilimitada exploração de prerrogativas institucionais e pautado pelo único fim de derrotar constantemente seus adversários independente do quanto possa prejudicar a qualidade da democracia e, em processos mais avançados, sua própria continuidade (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 103-109).

Debruçando-se sobre os atores políticos e institucionais responsáveis pelo desenvolvimento do “jogo duro”, Levitsky e Ziblatt (2018, p. 110) apontam que o Poder Judiciário também pode ser protagonista do direcionamento exagerado de prerrogativas

institucionais²⁰⁵. Exatamente quanto ao “jogo duro” levado a efeito pelos Tribunais que Rubens Glezer se dedica²⁰⁶. Antes de avançar, no entanto, necessário compreender o conceito de “catimba constitucional”²⁰⁷, alcançado pelo autor ao, adotando a expressão “*constitutional*

²⁰⁵A título exemplificativo, identifica-se, no âmbito latino-americano, exercício de “jogo duro constitucional” pela Suprema Corte venezuelana. O resultado do pleito eleitoral realizado em dezembro de 2015 evidenciou a conquista do controle da Assembleia Nacional da Venezuela pelos partidos políticos de oposição, que, então, ambicionaram impor obstáculos ao governo autocrático comandado pelo Presidente Nicolás Maduro. No intuito de alcançar seu desiderato, o Poder Legislativo aprovou lei de anistia que estabeleceu a libertação de 120 presos políticos e votou contra a declaração de estado de emergência econômica lavrada pelo Chefe do Poder Executivo, a quem, por meio de tal medida, conferia-se a possibilidade de governar por decreto. Considerando o minoritário apoio mantido no Congresso Nacional, Nicolás Maduro direcionou suas expectativas à denominada “Corte Chavista” - controlada por seus partidários -, que, declarou inconstitucionais, dentre outras iniciativas legislativas, a lei de anistia e a rejeição do estado de emergência econômica, totalizando 24 decisões contrárias ao Poder Legislativo no período de 6 meses. *Venezuela's Supreme Court Consolidates President Nicolás Maduro's Power*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/10/13/world/americas/venezuela-nicolas-maduro.html>. Acesso em: 28 set. 2023. *Supremo de Venezuela declara constitucional el Decreto de Emergencia Economica*. Disponível em: https://elpais.com/internacional/2016/01/21/america/1453346802_377899.html. Acesso em 28 de set. de 2023. *Radiografía de los chavistas que controlanel TSJ em Venezuela*. Disponível em: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16686570>. Acesso em: 28 set. 2023.

²⁰⁶Em momento inicial de sua obra, o autor contextualiza o ambiente que direcionou sua dedicação ao alcance de determinada “categoria” apta a explicar o fenômeno consistente no protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das disputas políticas e na perplexidade decorrente das condutas perpetradas/manifestações exaradas pelos Ministros que o compõem, notadamente porque a “simples” rotulação de certa decisão como lícita ou ilícita, subsidiada por jurisprudência ou doutrina especializada, não mais atendia aos anseios de compreensão. Refere, ademais, ter se familiarizado com a literatura de “*constitutional hardball*” no ano de 2017, época na qual mantinha diálogos acerca da temática com o professor Oscar Vilhena Vieira, que, no período, encontrava-se escrevendo obra posteriormente intitulada de *Batalha dos Poderes* (2018). Inicialmente por compreender que a origem do termo “*hardball*”, oriundo do *baseball*, reduziria a capacidade explicativa da metáfora (tendo em vista cuidar-se de esporte sem qualquer tradição no país), pretendeu promover a importação do conceito com a devida adequação ao contexto nacional, razão pela qual adotou expressão – catimba – ordinariamente empregada no futebol. Ocorre que, durante o desenvolvimento da “catimba constitucional” enquanto categoria analítica, convenceu-se estar diante de conceito superior àquele formulado pelo professor norte-americano Mark Tushnet (2004), uma vez que, estruturada a ideia de “*constitucional hardball*” em duas partes –enquadrar as condutas lícitas, mas politicamente problemáticas, em virtude da espécie (1) de ação praticada e (2) de intencionalidade (denominada de “crença” pelo autor estadunidense) dos agentes que as protagonizam -, ambas, na concepção de Glezer, encontram “dificuldades”, nomeadamente a ausência de indicação sobre (a) o que torna o jogo duro problemático e (b) no que consistem as situações identificadas como “forçar a barra” e o que as diferencia das disputas políticas acirradas (Glezer, 2021, p. 22-44), esta segunda dificuldade igualmente apontada pelo professor norte-americano Jack Balkin (2008) ao ressaltar a falta de precisão como fator que impede a distinção entre “*hardball*” e “*heated politics*”. Quanto à primeira dificuldade apontada, Tushnet (2012, p. 1.109) argumenta que a problemática do jogo duro encontrar-se-ia na tendência de potencializar conflitos políticos a partir da lógica de que, ao testemunhar determinada postura de “forçar a barra”, os agentes públicos sentem-se estimulados a atuar no mesmo sentido, ao passo que, acerca da segunda, desenvolve o conceito de “*pre-constitutional understandings*”, entendidos como “os pressupostos evidentes do funcionamento do sistema constitucional de governo [...] difíceis de identificar os períodos de crise justamente porque são evidentes”, oferecendo, como expressão alternativa, convenções. (Tushnet, 2004, p. 523). Vincula, ainda, as jogadas enquadradas como “*hardball*” às pretensões dos agentes que as desempenham de, por meio de tais ações, transformar a ordem constitucional vigente ou propor novo sistema, motivo pelo qual, como anteriormente exposto, revelar-se-ia consideravelmente complexo identificá-las durante períodos de “*ordinary politics*” (Tushnet, 2004, p. 532). Glezer (2012, p. 45) fundamenta que a ideia de convenções políticas implícitas inviabiliza satisfatória evolução do argumento, porquanto não admite a hipótese de que práticas sociais complexas sejam governadas exclusivamente por convenções implícitas, bem como que, partindo-se da premissa advogada por Tushnet de que o jogo duro se situa “claramente” dentro dos limites legais, torna-se complicado aceitar que sejam juridicamente controversas.

²⁰⁷Para crítica acerca do trabalho desenvolvido por Rubens Glezer, tem-se artigo escrito por Lenio Streck: *Catimba do STF? Antijogo? Uma crítica da crítica jusludopédica*. 23 de jan. de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-23/streck-catimba-stf-antijogo-critica-critica-jusludopedica>. Acesso em: 4

hardball” (oriunda do *baseball*, onde significa a execução de uma jogada mais contundente e arriscada), estabelecer íntima vinculação com o emprego do termo “catimba” no futebol²⁰⁸, utilizando - para fins didáticos e com o objetivo de, ao final, apresentar o conceito desenvolvido –, determinada jogada realizada durante a Copa do Mundo de 2010 como ponto de partida. O professor da Fundação Getúlio Vargas do Estado de São Paulo (FGV-SP) define que, enquanto a “catimba futebolística” diz respeito às ações que, embora situadas dentro das regras, violam os valores e virtudes do jogo de futebol, a “catimba constitucional” consiste em ações – necessariamente intencionais – perpetradas por agentes públicos que, inobstante juridicamente lícitas, ofendem os valores e virtudes do jogo político, cuidando-se a falta de *fair play*²⁰⁹ do elemento central da catimba, que, se invariavelmente exercida, evidencia o descomprometimento dos atores envolvidos com os valores constitutivos daquele jogo e prejudica sua qualidade, conduzindo-o, em virtude da reiteração catimbeira, no mínimo, à deterioração do que se joga, quando não à atividade outra não mais reconhecida como aquela precipuamente desenvolvida. Sobressai, na construção do conceito em questão, a necessidade de se examinar a frequência com que adotadas, pelos atores públicos, posturas que, a despeito de não se tratarem de violações das regras do jogo político (uma vez que, como exposto, são juridicamente lícitas), desafiam seus valores e virtudes, não se exigindo dos agentes a expurgação de tais condutas, mas constante atenção para que estas não se tornem sistemáticas a ponto de sabotar o jogo por completo (Glezer, 2021, p. 33-39).

A categoria analítica alcançada pelo autor orientou-se em ajustes propostos pelo professor norte-americano Jack Balkin à ideia de “*constitutional hardball*” engendrada por seu compatriota, notadamente ao (1) estabelecer que a conduta controvertida deve admitir, simultaneamente, alegação de normalidade por seus defensores (visto que plausivelmente legal) e de ofensa ao texto constitucional ou aos seus valores jurídicos relevantes por seus opositores (em razão da inobservância do *fair play*), bem como (2) desvincular a prática de “*hardball*” tão somente aos períodos de transformação constitucional (tal como advogado por Tushnet)²¹⁰, afirmando sua compatibilidade com épocas de normalidade política. No que diz respeito à vinculação do jogo duro aos tempos de “*extraordinary politics*”, Balkin adverte que a

out. 2023.

²⁰⁸A noção de “jogo” viabilizaria abordar a relação mantida entre as instituições como permanente competição colaborativa e não enquanto “diálogo” ou compreensão outra que remetesse à espécie de relação excepcional ou episódica (Glezer, 2021, p. 50).

²⁰⁹Expressão que admite a tradução de jogo limpo, isto é, um jogo em que as ações desempenhadas pelos jogadores observam o espírito daquele jogo. Transportando-se o *fair play* próprio do futebol ao debate estabelecido neste estudo, tem-se espécie de *fair play* intitulado de “constitucional”, conceituado como o conjunto de valores que estruturam o exercício e os limites do uso do poder político (Glezer, 2021, p. 105).

²¹⁰Ver nota de rodapé nº 112.

classificação de determinado momento histórico como de transformação constitucional demanda a retrospectiva daquele período, circunstância que o influencia a trazer ao debate a proposição, formulada conjuntamente com o professor estadunidense Sanford Levinson, de que a crise constitucional seria um significativo ponto de virada na ordem constitucional. Para melhor ilustrá-la, parte da premissa de que um dos principais objetivos da Constituição é conservar a estabilidade política e tornar possíveis formas comuns de políticas democráticas para enfrentar os desafios do governo em tempos de mudança, emergindo estado de crise constitucional ao, eventualmente, constatar-se a incapacidade do sistema de funcionar de modo a garantir o alcance de seu desiderato. Os autores alertam, no entanto, que muitos contextos classificados como crises constitucionais não corresponderiam a crises reais²¹¹, senão a disputas políticas acirradas (“*heated politics*”) sobre a Constituição, disputas estas próprias do ambiente político e que devem ser diferenciadas das jogadas de catimba constitucional — ou *constitutional hardball* —, porque não ostentam *déficit* de legitimidade (Balkin, 2008, 581-590).

O argumento desenvolvido por Glezer enquadra a catimba constitucional enquanto ação situada no limite da regularidade, em ponto no qual ainda mantém o *status* de lícita (ou, ao menos, não é expressamente taxada de ilícita), mas já não ostenta legitimidade, *déficit* decorrente da violação ao *fair play* constitucional (Glezer, 2021, p. 24), elemento este que, nos termos da proposição formulada por Balkin, passa a ser condição necessária à identificação de certa conduta como *hardball*. Ainda que repete ao professor norte-americano “correções relevantes” e “colaboração central” à discussão (notadamente em virtude do atrelamento entre jogo duro e ofensa ao *fair play* constitucional), diverge quanto ao entendimento sobre a violação ao *fair play*²¹², compreendida pelo autor brasileiro como violação aos “princípios do jogo”, definido como seus “valores e virtudes”, rechaçando a concepção de que haveria lesão às “regras implícitas” ao apontar que o alvo da ação seria, em verdade, o sentido do jogo. Na evolução de seu raciocínio, classifica como demasiadamente genérica a intencionalidade

²¹¹Sanford Levinson e Jack Balkin apontam a existência de três espécies de crise constitucional, quais sejam: **(1)** quando o líder político acredita que certas “demandas” reclamam a expressa violação da Constituição; **(2)** quando a fidelidade às formas constitucionais conduz à ruína ou ao desastre; e **(3)** quando discordâncias publicamente articuladas levam os atores políticos ao engajamento em ações extraordinárias de protesto para além de meros desacordos legais e protestos políticos, acarretando a tomada das ruas pelos cidadãos, a mobilização de exércitos e o efetivo (ou ameaça de) emprego da força (Levinson; Balkin, 2009, p. 714).

²¹²Ao conceituar “*constitutional hardball*”, Jack Balkin afirmou: “ocorre quando atores políticos forcem ou desafiam convenções políticas que eram previamente consideradas regras de comum acordo que constituíam o *fair play* da disputa política, mas que não eram legalmente exigidas. Quem se propõe a realizar táticas de ‘*hardball*’ viola deliberadamente normas antigas com objetivo de criar novas normas e, com isso, conquistar uma vantagem política” (Balkin, 2017, p. 149).

atribuída por Balkin²¹³ - “conquistar uma vantagem política”²¹⁴ - aos agentes políticos que praticam “*hardball*”, entendendo que a descrição sustentada pelo autor estadunidense rejeita a hipótese de que o *fair play* seja violado em virtude de pretensão outra que não o alcance de vantagem política para a instituição (Glezer, 2021, p. 47-48).

Expostas aquelas que reputa serem fragilidades havidas no discurso de Balkin, Glezer define que a ofensa ao *fair play* não se identifica a partir do diagnóstico da conduta em si, mas de sua motivação²¹⁵, concluindo que as intenções “questionáveis” enfraquecem a legitimidade da ação perpetrada, especialmente porque promovem tensão com os valores que estruturam a prática política, ainda que se admita o ato controvertido como “plausivelmente legal”, ao passo que a reiteração de questionamentos acerca da motivação dos agentes públicos para realizar determinado movimento acarreta *déficit* de legitimidade institucional, tornando possível o surgimento de sensação de crise institucional, constitucional ou democrática no âmbito do debate público, ressaltando, contudo, a existência de “enorme espaço” entre a normalidade institucional e os períodos de crise (Glezer, 2021, p. 49-50).

Compreendido o caminho percorrido por Glezer à construção da categoria analítica sob análise e identificados seus elementos constitutivo, deve-se ter em mente que, no âmbito de democracias frágeis²¹⁶, expressão cunhada por Samuel Issacharoff em obra de título homônimo, as significativas lacunas existentes nos Poderes Executivo e Legislativo, a refletir a incapacidade de resolução de demandas sociais primárias, provocam a maior intervenção dos Tribunais, ascendendo-os a um papel de protagonismo que não é próprio do Poder Judiciário, exatamente no intuito de garantir adequadas ferramentas de controle democrático no âmbito político (Issacharoff, 2015, p. 191).

O professor argentino radicado nos Estados Unidos advoga a tese de que as denominadas democracias frágeis se caracterizam por deficiências de natureza externa e interna, motivando a convocação das Cortes Constitucionais para intervir na qualidade de

²¹³Para Jack Balkin, os atores políticos protagonizam ações classificadas como “*hardball*” por duas razões: (1) pretendem estabelecer que determinada previsão contida no texto constitucional significa algo e não coisa diversa do que acreditam significar; (2) ambicionam permanecer no poder e manter aqueles cujos entendimentos comungam com os seus pelo maior lapso temporal possível. Destaca, ainda, que a segunda razão prepondera sobre a primeira (Balkin, 2008, p. 584).

²¹⁴Ver nota de rodapé 117.

²¹⁵A reforçar a conclusão alcançada por Rubens Glezer, oportuna passagem mencionada por Mark Tushnet (2004, p. 527-528) quando trata sobre o processo de *impeachment* instaurado contra o então Presidente dos Estados Unidos Bill Clinton, notadamente ao referir que, antes da inauguração do procedimento em desfavor de Clinton, houve, em diferentes momentos históricos, peticionamentos formulados por parlamentares no sentido do afastamento de outros Chefes do Poder Executivo norte-americano, peticionamentos estes que nunca prosseguiram “seriamente”.

²¹⁶Em tal classificação encaixam-se os países que promoveram a transição ao regime democrático a partir do final da Segunda Guerra Mundial.

mecanismo de defesa em face de tais deformidades, a saber, (**externa**) a existência de opositores do sistema democrático, que exploram as rachaduras destes regimes em desenvolvimento – ou “*joventes e inexperientes*”, nas palavras do autor – para investir contra a legitimidade do processo eleitoral inerente à democracia, e (**interna**) o emprego da máquina estatal “através de um comando sufocante” por partido ou líder radical, que, ao ser submetido a obstáculo eleitoral significativamente ameaçador à sua perpetuação no poder, deixa de responder adequadamente (Issacharoff, 2015, p. 241).

Examinando-se os principais casos de autocratização ocorridos no século XXI, constata-se terem sido protagonizados por governos democraticamente eleitos cujos líderes executaram duradouros projetos dedicados a promover a erosão democrática²¹⁷ a partir dos sistemas político e de justiça, perpetrando transformações institucionais por meio de reformas legais²¹⁸ que viabilizam a reconfiguração da estrutura burocrática do Estado, notadamente no que diz respeito ao fortalecimento do Poder Executivo e enfraquecimento dos mecanismos de freios e contrapesos exercidos pelas demais instituições (BRITO *et al.*, 2022, p. 9).

Como alertado por Nathan Brown e Julian Waller, ainda que paradoxal, em determinadas circunstâncias específicas, em momentos que poderíamos identificar como de apodrecimento constitucional – nos quais indagações são lançadas sobre o papel ocupado pela Constituição e a lealdade que merece –, os Tribunais podem ser chamados ao protagonismo no intuito de manter hígido o sistema democrático, ascensão esta que, consideradas as delicadas particularidades que envolvem épocas de potencial ruptura, expõe as Cortes e ostenta o potencial de, a depender de sua atuação, conduzi-las não apenas à fragilização, mas ao próprio aniquilamento. Para além de perceberem períodos de potencial ruptura como ambientes

²¹⁷Kim Lane Scheppelle (2018, p. 1-2) identifica a existência de fenômeno global de declínio democrático decorrente do descontentamento público com as políticas institucionais adotadas pelos Estados, verificando-se considerável queda de credibilidade das estratégias ordinariamente empregadas pelos agentes públicos especialmente nos países mais afetados pela crise financeira global de 2008. Este o contexto do qual se valem líderes carismáticos democraticamente eleitos para, a partir de condutas que se situam “fora das regras do jogo”, implementar projetos autocráticos que pretendem a perpetuação no poder, desmantelando-se, por meios legais, as ordens constitucionais vigentes.

²¹⁸Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 90-91) destacam que, a fim de assegurar a manutenção do poder, governantes promovem a alteração das “regras do jogo” através de reformas constitucionais e do sistema eleitoral, bem como de interferência nas demais instituições, medidas direcionadas ao enfraquecimento da oposição. A título exemplificativo, tem-se a manobra executada na Hungria por Victor Orbán, líder do partido governante (Fidesz). Após vitória eleitoral, no ano de 2010, por meio da qual foram conquistados dois terços das cadeiras do Parlamento húngaro, os legisladores integrantes do Fidesz “reescreveram” o texto constitucional e as leis eleitorais para consolidar a vantagem alcançada naquele momento histórico, adotando-se regras que beneficiavam o maior partido político (o próprio Fidesz), redesenhavam as fronteiras dos distritos eleitorais (de modo a maximizar o número de cadeiras parlamentares) e proibiam a publicidade partidária na mídia privada, restringindo-a à televisão pública, comandada por partidários do Governo Orbán. A despeito da queda vertiginosa de apoio popular nas eleições parlamentares de 2014 (redução de 53% para 44,5% dos votos), o Fidesz preservou a maioria de dois terços, evidenciando o efeito das vantagens institucionais obtidas em virtude das reformas realizadas.

favoráveis à assunção de postura interventiva na política nacional, os autores constataram que o desenvolvimento, pelas Cortes Constitucionais, de “visão constitucional” que congrega determinada agenda política²¹⁹ com interesses institucionais do próprio Tribunal é fator que o motiva a adotar tal conduta, bem como que a construção da intitulada “visão” é facilitada quando **(a)** as atribuições constitucionalmente conferidas lhe asseguram centralidade institucional, **(b)** é liderado (individual ou coletivamente) por personalidades fortes e **(c)** está inserido em contexto político-social demarcado por profundas divisões e rivalidades (Brown; Waller, 2016, p. 818-821).

Por certo, tempos difíceis enfrentados por democracias constitucionais jovens tendem a reclamar a intervenção do Poder Judiciário para salvaguardá-la, o que demanda maior gasto do capital político da Corte²²⁰ e, via de consequência, coloca-a na vitrine, elevando consideravelmente a possibilidade de que seja alvo de represálias praticadas pelos demais Poderes. Na experiência brasileira, encontram-se presentes os aspectos indicados por Brown e Weller, decorrente **(a)** a centralidade institucional do Supremo Tribunal Federal do acúmulo de competências que lhe foram atribuídas²²¹, ao passo que **(b)** reconhecida, após o falecimento do Ministro Teori Zavascki (então Relator da Operação Lava Jato e considerado líder da Suprema Corte durante o período entre 2015 e 2016, em que decisões controversas eram proferidas à unanimidade, em notável sintonia com os entendimentos externalizados pelo magistrado em suas manifestações monocráticas)²²², a ocorrência de cisão no Tribunal entre os entusiastas da “Operação Lava Jato” (Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Luiz Edson Fachin, Cármen Lúcia e Rosa Weber) e aqueles que se posicionavam no sentido de limitá-la (Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski)²²³, circunstância que conduziu a Corte à adoção de determinada agenda, e **(c)** manifesto o contexto de “profundo mal-estar constitucional” (Vieira, 2018, p. 26) no qual submergiu o país a partir de junho de 2013²²⁴.

Especificamente quanto à agenda adotada pelo Supremo Tribunal Federal, classifica-se como “anticorrupção política” ou “moralizadora do mundo político”, potencializada pelo sentimento de enaltecimento oriundo da repercussão pública quanto ao “Caso Mensalão” e pela

²¹⁹Jed Rubinfeld (2005) sustenta que se explicam de modo mais satisfatório alterações notáveis em padrões decisórios de Cortes Constitucionais quando identificada a existência de determinada agenda ou missão a que o Tribunal se dedica a cumprir.

²²⁰Termo empregado por Barry Friedman em sua obra “The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution” (2009).

²²¹Ver item 3.2 deste estudo.

²²²Teori Zavascki era o relator da Lava Jato no STF; veja perfil. Brasília, 19 de jan. de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/teori-zavascki-era-o-relator-da-lava-jato-no-stf-veja-perfil.ghtml>. Acesso em: 30 set. 2023.

²²³Ver nota de rodapé nº 40.

²²⁴Ver item 4.1 deste estudo.

constatada oportunidade de retornar ao “centro do protagonismo no combate à corrupção” a partir dos desdobramentos da “Operação Lava Jato”, em momento histórico no qual o “mundo político”, em virtude da sucessão de eventos que culminaram no processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, para além de se encontrar demasiadamente enfraquecido para promover ações de retaliação, frequentemente procurou no Poder Judiciário a “última palavra” sobre disputas de natureza eminentemente política. Recordando a lição de Keith Whittington (2007), a Suprema Corte foi progressivamente assumindo “com particular contentamento” a posição de protagonista na democracia constitucional brasileira e revelando-se espaço institucional exageradamente politizado, o deslocamento de seu perfil originariamente técnico para político fragilizando sua autoridade e legitimidade e tornando-a vulnerável ao ataque pelos demais Poderes e, eventualmente, ao descumprimento das ordens judiciais que profere (Glezer, 2021, p. 91- 93).

O contexto exposto provoca temor de que a adoção de condutas consideradas “catimbeiras” (plausivelmente legais, mas com *déficit* de legitimidade decorrente da ofensa aos valores e virtudes do jogo) pelo Supremo Tribunal Federal – tal como a sequência de decisões prolatadas no âmbito das Reclamações nº 31.965 e 32.035 e da Suspensão de Liminar nº 1.178 – possa motivar eventual atuação de atores políticos integrantes do Executivo e do Legislativo²²⁵ nos mesmos moldes²²⁶ e promover impacto na qualidade da democracia brasileira (Glezer, 2021, p. 93), receio potencializado pela análise de experiências estrangeiras²²⁷ e pela ascensão, em 2019, de ala radicalizada da direita à Presidência da

²²⁵Merece destaque o teor do Projeto de Emenda à Constituição nº 50/2023, que acrescenta ao artigo 49 da Carta de 1988 o inciso XIX, cujo teor autoriza o Congresso Nacional a deliberar, por três quintos dos membros de cada Casa, em dois turnos, sobre projeto de Decreto Legislativo – desde que apresentado por um terço dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal – que pretenda sustar decisão transitada em julgado prolatada pelo Supremo Tribunal Federal “que extrapole os limites constitucionais”. Percebe-se que, a despeito da condicionante imposta – que vincula a possibilidade de sustação de determinada ordem judicial à constatação de que seu conteúdo ultrapassou as balizas estabelecidas no texto constitucional –, o debate sobre o preenchimento do requisito dar-se-ia no âmbito do Poder Legislativo, não configurando efetivo obstáculo à “derrubada” de decisões proferidas pela Suprema Corte. A PEC mencionada evidencia incontestável incômodo de parcela do Parlamento nacional com determinadas manifestações do Tribunal e ilustra o direcionamento, pelos congressistas, de prerrogativas institucionais no intuito de enfraquecer a autonomia do órgão de vértice do Poder Judiciário, em manifesta conduta de retaliação. PEC para autorizar Congresso a derrubar decisões do STF pode avançar? Entenda. 1 de out de 2023. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pec-para-autorizar-congresso-a-derrubar-decisoes-do-stf-pode-avancar-entenda/>. Acesso em: 1 out. 2023.

²²⁶Conforme mencionado em determinada altura da nota de rodapé nº 112, Mark Tushnet (2012, p. 1.109) argumenta que a problemática do jogo duro encontrar-se-ia na tendência de potencializar conflitos políticos a partir da lógica de que, ao testemunhar determinada postura de “forçar a barra”, os agentes públicos sentem-se estimulados a atuar no mesmo sentido.

²²⁷Na Polônia, o Partido da Lei e da Justiça, ao alcançar o poder em 2015, adotou medidas para evitar que suas iniciativas fossem obstaculizadas pelo Tribunal Constitucional, tal como havia ocorrido entre os anos e 2005 e 2007, quando governara. Naquela quadra histórica, existiam duas cadeiras vagas na Corte, composta por quinze membros, e três magistrados já aprovados pelo Parlamento – cujo mandato expirava – para ocupar outras três cadeiras, restando pendente apenas o juramento a ser prestado pelos outrora escolhidos. O novo partido

República²²⁸, uma vez que o exercício do jogo duro, para além de fragilizar a autoridade e legitimidade da Corte, pode contribuir ao crescimento da autoridade dos demais Poderes (Issacharoff, 2015, p. 264-268), aos quais possível a execução de estratégias (igualmente classificadas como catimbeiras e, portanto, abrigadas por aparência de normalidade institucional, isto é, plausivelmente legais, mas violadoras do *fair play* constitucional direcionadas ao enfraquecimento da autonomia do Tribunal, tais como a nomeação de julgadores politizados²²⁹, a modificação no mandato dos ministros por aposentadoria²³⁰ (Glezer, 2021, p. 86-87) e a alteração de sua composição para aumentar o número de cadeiras²³¹.

governante, recém-eleito, recusou-se a receber o juramento dos três julgadores sabatinados pelo Poder Legislativo e indicou cinco juizes, aprovando, na sequência, lei que impôs maioria de dois terços à “validação” de qualquer decisão a ser proferida pelo Tribunal Constitucional, materializando verdadeiro poder de veto no interior da Corte e restringindo consideravelmente sua capacidade de atuar como controle independente do Poder Executivo (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 83). Sobre o tema: Nova lei afeta autonomia da corte constitucional da Polônia. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/nova-lei-afeta-autonomia-da-corte-constitucional-da-pol%C3%B4nia/a-18936038>. Acesso em: 30 set. 2023.

²²⁸Segundo o Instituto *V-Dem*, em seu Relatório “*Democracy Report*” (2020), o Brasil passou a figurar, desde 2019, na lista dos dez países com maiores tendências de autocratização no mundo, sendo classificado, ao menos desde 2016, como uma democracia eleitoral. Neste particular, cumpre esclarecer o desenvolvimento de metodologia pelo aludido Instituto que classifica os países como (a) democracia liberal, (b) democracia eleitoral, (c) autocracia eleitoral ou (d) autocracia fechada a depender do nível (ou da falta) de qualidade democrática de determinado país. Uma das diferenças entre democracias liberais e democracias eleitorais encontra-se na compreensão de que naquelas os mecanismos de controle do Poder Executivo por outros Poderes e instituições, como a supervisão legislativa e judicial, funcionam adequadamente, o que não ocorre nas democracias eleitorais. No índice do Instituto *World Justice Project*, o Brasil caiu sete posições (2020, p. 6) no que diz respeito à qualidade do Estado de Direito entre os anos de 2018 e 2019 e, no ano seguinte, mais dez posições (2021, p. 6).

²²⁹No âmbito da experiência brasileira, digno de nota a declaração protagonizada pelo então Presidente da República, Jair Bolsonaro, ao anunciar, em ocasião na qual participou do culto semanal realizado pela “bancada da bíblia” na Câmara dos Deputados, que indicaria ao Supremo Tribunal Federal “ministro terrivelmente evangélico, cuja identidade fora posteriormente revelada, tratando-se de André Mendonça. Um ministro terrivelmente evangélico a caminho do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 10 de jul. de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/10/politica/1562786946_406680.html. Acesso em: 30 set. 2023; André Mendonça, o nome terrivelmente evangélico para o STF de Bolsonaro. Brasília, 12 de jul. de 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-12/andre-mendonca-o-nome-terrivelmente-evangelico-para-o-stf-de-bolsonaro.html>. Acesso em: 30 set. 2023.

²³⁰Por meio da Emenda Constitucional nº 88 (popularmente denominada de PEC da Bengala), aprovada em maio de 2015, alterou-se a idade para implementação da aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo Tribunal Federal de 70 para 75 anos, reforma do texto constitucional que frustrou a perspectiva da então Presidente Dilma Rousseff de, durante seu segundo mandato, indicar 5 nomes para ocupar cadeiras da Suprema Corte que se tornariam vagas caso mantida a previsão constitucional vigente, quantidade expressiva, representando quase metade do número total de Ministros que compõem o Tribunal. Câmara conclui votação em segundo turno da 'PEC da Bengala'. Brasília, 05 de mai. de 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/camara-conclui-votacao-em-segundo-turno-da-pec-da-bengala.html>. Acesso em: 01 out. 2023. Sobre a aprovação, em segundo turno, do Projeto de Emenda Constitucional pela Câmara dos Deputados, Renan Calheiros, à época Presidente do Senado Federal, afirmou que a decisão parlamentar evidenciava a postura do poder político de, no momento de crise, não escolher o caminho da politização do Supremo Tribunal Federal. Dilma e Temer 'perderam poder' com 'PEC da Bengala', diz Renan. Brasília, 06 de mai. de 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/dilma-e-temer-perderam-poder-com-pec-da-bengala-diz-renan.html>. Acesso em: 1 out. 2023.

²³¹Digno de nota que o ex-Presidente da República Jair Bolsonaro manifestou publicamente - durante o período de campanha eleitoral em que buscou a reeleição - sua pretensão de analisar eventual possibilidade de aumento do número de cadeiras do Supremo Tribunal Federal, atualmente composto por 11 Ministros, medida adotada durante o regime ditatorial, quando a Corte viu-se consideravelmente enfraquecida após terem sido criadas 5 novas vagas pelo governo militar. Bolsonaro diz que analisará projeto que aumenta número de ministros no STF.

4.4 INQUÉRITO DAS *FAKENEWS* E SEUS DESDOBRAMENTOS: A ESCALADA DE TENSÃO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO BOLSONARO

Durante o mandato presidencial exercido por Jair Bolsonaro, a escalada de tensão²³² entre os Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e Judiciário, de outro, alcançou patamares inéditos desde a redemocratização operada em 1988²³³. A compreensão sustentada pelo ex-Presidente da República e publicamente externalizada consiste na necessidade de adoção de medidas aptas a “combater” a parcialidade supostamente existente na Suprema Corte²³⁴, tais como o pedido de *impeachment* do Ministro Alexandre de Moraes²³⁵, formulado em agosto de 2021 e entregue ao então Presidente do Senado, Rodrigo Pacheco. No bojo do documento,

9 de out. de 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-diz-que-analisara-projeto-que-aumenta-numero-de-ministros-no-stf/>. Acesso em: 01 out. 2023; Bolsonaro cogita ampliar total de membros no STF; número cresceu de 11 para 16 na ditadura; relembre. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/bolsonaro-cogita-ampliar-total-de-membros-no-stf-numero-cresceu-de-11-para-16-na-ditadura-relembre/>. Acesso em: 01 out. 2023; Durante a corrida presidencial de 2018, no âmbito da qual se sagrou vencedor, o então Deputado Federal já havia manifestado simpatia com a ideia de aumento da composição da Suprem Corte. Bolsonaro quer aumentar número de ministros do STF; juristas criticam proposta. 3 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/eleicoes/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-juristas-criticam/>. Acesso em: 1 out. 2023.

²³² Ponto a ponto, veja como se deu a escalada de tensão entre Bolsonaro e o Judiciário. 5 de ago. de 2021. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2021/08/ponto-a-ponto-veja-como-se-deu-a-escalada-de-tensao-entre-bolsonaro-e-o-judiciario-ckrzp6bix00e1013b3n6hoddp.html>. Acesso em: 1 out. 2023.

²³³ Em agosto de 2021, o Tribunal Superior Eleitoral autorizou a abertura de inquérito destinado a investigar se as manifestações públicas sobre a inconfiabilidade das urnas eletrônicas constituiriam infração e solicitou ao Supremo Tribunal Federal a análise quanto à pertinência de inclusão de Jair Bolsonaro na condição de investigado no âmbito de inquérito dedicado a tratar sobre o disparo de *fake news*, solicitação esta aceita pelo Ministro Alexandre de Moraes, Relator do inquérito. Ao conceder entrevista ao programa 'Pingo nos Is', do veículo de comunicação 'Jovem Pan', o então Presidente da República afirmou que a abertura do inquérito das *fake news* estaria fora “das quatro linhas da Constituição”, razão pela qual o “antídoto” para a conduta adotada pela Suprema Corte também não estaria. “Se chegar algo fora das quatro linhas da Constituição, sou obrigado a sair das quatro linhas”, diz Bolsonaro. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2021/08/se-chegar-algo-fora-das-quatro-linhas-da-constituicao-sou-obrigado-a-sair-das-quatro-linhas-diz-bolsonaro-ckry85ta5004h01ha95lm4g0b.html>. Acesso em: 1 out. 2023.

²³⁴ Em entrevista concedida durante a campanha presidencial de 2018 ao veículo de comunicação 'TV Cidade', de Fortaleza, Jair Bolsonaro sustentou que o aumento do número de cadeiras da Suprema Corte de 11 para 21 seria “uma maneira de [...] colocar dez isentos lá dentro”, uma vez que as posturas adotadas pelo Tribunal inviabilizaram “sonhar em mudar o destino do Brasil”. 2 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-supremo.shtml>. Acesso em: 1 out. 2023.

²³⁵ Revela-se sintomático à identificação da escalada de tensão entre os Poderes da República durante o Governo Bolsonaro dado que noticia a submissão, no âmbito do Senado Federal, entre 2019 e 2023, de 77 requerimentos de *impeachment* contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, 40 destes em desfavor do Ministro Alexandre de Moraes, frequentemente acusado de “condução tendenciosa de inquéritos” e de proferir declarações com teor político-partidário. Alexandre de Moraes tem 40 pedidos de *impeachment*; maioria é de apoiadores de Jair Bolsonaro. 25 de jul. de 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/ministro-stf-alexandre-de-moraes-pedidos-impeachment-senado-autores-apoiadores-jair-bolsonaro-nprp/>. Acesso em: 1 out. 2023.

Bolsonaro constatou que o Poder Judiciário brasileiro, sob a alegação de observância aos princípios constitucionais, passou a ocupar “verdadeiro espaço político no cotidiano do país”, bem como fundamentou o pleito de afastamento nas circunstâncias de que determinados Ministros estariam “flertando com escolhas inconstitucionais” e de que inexistiria, no sistema constitucional pátrio, “qualquer sinal de autocontenção ou mecanismo que delimite os poderes e eventuais excessos” perpetrados pelo Supremo Tribunal Federal, exemplificando a acusação de arbitrariedades ao mencionar a instauração do famigerado “inquérito das *fakenews*”²³⁶.

Por meio da Portaria nº 69/2019²³⁷, o Ministro Dias Toffoli, à época Presidente da Suprema Corte, determinou a instauração, com base no artigo 43 do Regimento Interno²³⁸, de Inquérito Criminal (tombado sob o nº 4.781), cujo objeto é a investigação de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi* direcionados à honorabilidade e à segurança do Tribunal, de seus membros e familiares, manifestações estas que extrapolariam a liberdade de expressão consagrada constitucionalmente, designando como instrutor o Ministro Alexandre de Moraes²³⁹.

Após aprovação unânime do Tribunal Superior Eleitoral, seu então Presidente, Luís Roberto Barroso (que igualmente integra o Supremo) remeteu notícia-crime²⁴⁰ em desfavor de Jair Bolsonaro, à época Presidente da República, a fim de que fosse apurada eventual prática de ilícito penal vinculado àquela investigação (Inquérito nº 4.781). As condutas controvertidas

²³⁶Investigado, Bolsonaro apresenta pedido de *impeachment* do ministro do STF Alexandre de Moraes. Brasília, 20 de ago. de 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/investigado-bolsonaro-apresenta-pedido-de-impeachment-do-ministro-do-stf-alexandre-de-moraes-1-25164551>. Acesso em: 1 out. 2023.

²³⁷Teor da Portaria nº 69/2019, constante no voto divergente proferido pelo Ministro Marco Aurélio Mello (especificamente à fl. 297) nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 542: “O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno, CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I); CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão, Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução.” Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf>. Acesso em: 3 out. 2023.

²³⁸Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

²³⁹Presidente do STF abre inquérito para apurar ameaças e *fake news* que têm a Corte como alvo. Brasília, 14 de mar. de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405790>. Acesso em: 2 out. 2023.

²⁴⁰TSE pede ao STF que Bolsonaro seja investigado por disseminação de *fake news* contra urnas. Brasília, 2 de ago. De 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/02/tse-pede-ao-stf-que-bolsonaro-seja-investigado-por-disseminacao-de-fake-news-contra-urnas.ghtml>. Acesso em: 2 out. 2023.

consistem em pronunciamentos do ex-Chefe do Poder Executivo consistentes em provocações no sentido de que Ministros da Suprema Corte pretenderiam “fraudar as eleições” presidenciais a serem realizadas em 2022 para beneficiar determinado candidato, bem como de que o voto eletrônico não seria confiável, lançando, modo explícito, suspeitas sobre a confiabilidade do sistema eleitoral brasileiro²⁴¹. Bolsonaro foi além ao afirmar categoricamente a ocorrência de fraude nas eleições presidenciais de 2018, alegando que, embora tenha se sagrado vencedor no 1º turno do pleito eleitoral, empregaram-se manobras no intuito de inviabilizar o reconhecimento do resultado e assegurar a realização de 2º turno, no âmbito do qual não restou frustrada sua eleição porque havidos “muito mais votos no segundo turno do que se poderia esperar”, motivo porque “ficaria bastante complicado uma fraude naquele momento”²⁴². Ameaçou, ainda, o processo eleitoral que datado para 2022 ao declarar que, caso não fosse identificada a existência de ambiente “limpo e democrático”, não haveria eleições, vinculando a constatação do cenário adequado à implementação do voto impresso²⁴³, sob o fundamento de que a inauditabilidade do voto e a “resistência” do Tribunal Superior Eleitoral em adotar o procedimento evidenciariam interesses do Poder Judiciário (notadamente Supremo Tribunal Federal, composto por Ministros que integram a Corte Eleitoral) escusos quanto ao resultado da corrida presidencial.

Examinada a notícia-crime, o Ministro Alexandre de Moraes acolheu-a e determinou a instauração de investigação em face das condutas imputadas ao então Presidente da República²⁴⁴, bem como a distribuição do feito à sua Relatoria, sob o argumento de prevenção ao Inquérito nº 4.781 (popularmente intitulado de “inquérito das *fake news*”), que lhe foi anteriormente distribuído. No corpo da decisão de acolhimento, fundamentou que Jair Bolsonaro haveria exercido idêntico *modus operandi* de divulgação àquele desenvolvido por organização criminosa investigada no bojo da demanda principal (Inquérito nº 4.781) e de outra

²⁴¹Em que pese tenham sido indicadas expressamente manifestações de Jair Bolsonaro proferidas em *live* realizada, em 29 de julho de 2021, em seu canal no *YouTube*, o ex-Presidente da República questionou a confiabilidade do sistema eleitoral brasileiro em outras oportunidades posteriores. Relembre vezes em que Jair Bolsonaro questionou o sistema eleitoral. 26 de abr. de 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/relembre-vezes-em-que-jair-bolsonaro-questionou-o-sistema-eleitoral/>. Acesso em: 1 out. 2023.

²⁴²Bolsonaro: “Eu fui eleito no 1º turno. Eu tenho provas materiais disso”. 9 de jun. de 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/06/4930103-bolsonaro-eu-fui-eleito-no-1-turno—eu-tenho-provas-materiais-disso.html>. Acesso em: 1 out. 2023.

²⁴³“Sem eleição limpa, não haverá eleição”, diz Bolsonaro em nova ameaça sobre 2022. 1 de ago. de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/sem-eleicao-limpa-nao-havera-eleicao-diz-bolsonaro-em-nova-ameaca-sobre-2022/>. Acesso em: 1 out. 2023.

²⁴⁴Ministro Alexandre de Moraes determina abertura de investigação contra Bolsonaro por ataques ao sistema eleitoral. Brasília, 4 de ago. de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=470432&ori=1>. Acesso em: 1 out. 2023.

correlata²⁴⁵, sustentando discursos “de ódio” e contrários à Suprema Corte, ao Estado de Direito e à democracia, edificando, a partir de afirmações falsas, narrativa que ambiciona deslegitimar as instituições democráticas e estimular grupos de apoiadores ao direcionamento de ataques aos integrantes destas, objetivando suas destituições e consequentes substituições por indivíduos alinhados ao seu núcleo político, manifesta a intenção de enfraquecer as instituições às quais constitucionalmente conferida a competência de exercer o sistema de freios e contrapesos de modo a promover o saudável balanceamento do regime democrático²⁴⁶.

Quando proferida a decisão em comento pelo Ministro Alexandre de Moraes, em 4 de agosto de 2021, o inquérito das *fake news* (que, à época, tramitava há mais de 2 anos, tendo em vista que instaurado em março de 2019) já havia provocado relevante controvérsia²⁴⁷ perante a opinião pública e a crítica especializada²⁴⁸ e colaborado consideravelmente à progressão da tensão entre o Supremo Tribunal Federal e os demais Poderes da República²⁴⁹, dentre outras razões porque instaurado de ofício pelo Presidente da Suprema Corte, circunstância que motivou requerimento formulado pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge,

²⁴⁵ Trata-se do Inquérito nº 4.828, instaurado a partir de requerimento formulado pela Procuradoria-Geral da República (PGR), destinado à investigação de fatos ocorridos em 19 de abril de 2020 (e em datas antecedentes), quando promovidas aglomerações de indivíduos diante de quartéis do Exército brasileiro, ocasião em que externalizadas pretensões de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais. No âmbito daquela investigação, sobrevieram indícios apontando a existência de organização criminosa dedicada a “forte atuação” digital e composta por núcleos de (a) produção de material, (b) publicação, (c) financiamento e (d) político “absolutamente” semelhantes àqueles identificados no Inquérito 4.781, com a nítida finalidade de atentar contra as instituições, a democracia e o Estado de Direito. O referido Inquérito foi posteriormente arquivado por seu Relator, Alexandre de Moraes, a pedido do Ministério Público Federal, oportunidade em que determinada pelo Ministro, de ofício, a instauração de outra investigação – a ser distribuída, por prevenção ao Inquérito nº 4.781, à sua Relatoria (tal como estabeleceu em relação à investigação que determinou fosse instaurada em desfavor de Jair Bolsonaro) – cujo objeto seria idêntico àquele do Inquérito arquivado (nº 4.828). Moraes arquiva inquérito dos atos antidemocráticos no STF e abre outro sobre organização criminosa. Brasília, 1 de jul. de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/07/01/moraes-arquiva-inquerito-dos-atos-antidemocraticos-no-stf-e-abre-novo-inquerito-sobre-organizacao-criminosa-contr-a-democracia.ghtml>. Acesso em: 1 out. 2023. Íntegra da decisão prolatada pelo Ministro Alexandre de Moraes disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Inq4828MinutaFinalassinada.pdf>. Acesso em: 1 out. 2023.

²⁴⁶ Decisão disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Despacho478104.08.pdf>. Acesso em: 1 out. 2023.

²⁴⁷ A título exemplificativo, merece registro entrevista concedida pela professora Clarissa Peterman Gros, Coordenadora da Plataforma de Liberdade de Expressão e Democracia da FGV Direito SP, à Folha de São Paulo: Inquérito das *fake news* no STF abre precedente perigoso para liberdade de expressão, diz pesquisadora. 20 de jun. de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/inquerito-das-fake-news-no-stf-abre-precedente-perigoso-para-liberdade-de-expressao-diz-pesquisadora.shtml>. Acesso em: 2 out. 2023.

²⁴⁸ Inquérito sobre *fake news* divide opiniões. Brasília, 18 de jun. de 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/06/18/interna_politica,864715/inquerito-sobre-fake-news-no-supremo-divide-opinioes.shtml. Acesso em: 2 out. 2023.

²⁴⁹ Inquérito do STF sobre *fake news*: entenda as polêmicas da investigação que provoca atrito entre Bolsonaro e a Corte. 27 de mai. de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52824346>. Acesso em: 2 de out. de 2023; Tensão nos três Poderes: como funciona 'sistema de freios' entre Congresso, STF e Bolsonaro. 17 de jun. de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53071440>. Acesso em: 2 out. 2023.

no sentido de que fosse arquivada a investigação inaugurada²⁵⁰ - pleito não acatado pelo Relator²⁵¹ – e posterior impetração de mandado de segurança coletivo (nº 36.422)²⁵² e *habeas corpus* coletivo e preventivo (nº 170.285)²⁵³ pela Associação Nacional de Procuradores da República²⁵⁴, que, acusando violação ao sistema acusatório em virtude da inexistência de supervisão do Ministério Público Federal no inquérito criminal instaurado, pugnou, nos autos da ação mandamental, pela declaração de inconstitucionalidade da Portaria nº 69/2019, instrumento que pretendia inibir a atuação dos Procuradores da República, ao passo que, no bojo do *writ*²⁵⁵, postulou a concessão da ordem ao efeito de garantir o pleno exercício das prerrogativas funcionais aos Membros do Ministério Público Federal, a liberdade de indivíduos contra quem determinado cumprimento de mandados de busca e apreensão na data da impetração e o trancamento do Inquérito nº 4.781.

Em 22 de junho de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio Mello²⁵⁶, não conheceu da ação mandamental²⁵⁷ submetido à sua apreciação sob o fundamento de que, conforme orientação jurisprudencial consolidada, inadmissível a impetração da via eleita perante a Corte contra ato judicial emanado pela própria, destacando, ainda, o debate da questão controvertida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572, ajuizado pela Rede Sustentabilidade. Com efeito, ainda que perfectibilizado o trânsito em julgado desta última apenas em novembro de 2020, o enfrentamento da aludida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²⁵⁸

²⁵⁰Raquel Dodge manda arquivar inquérito sobre '*fake news*' contra o STF aberto por Toffoli. 16 de abr. de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/raquel-dodge-manda-arquivar-inquerito-sobre-fakenews-contr-stf-aberto-por-dias-toffoli-23603491>. Acesso em: 2 out. 2023.

²⁵¹Moraes rebate Dodge e mantém inquérito do Supremo sobre *fake news*. 16 de abr. de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/moraes-rebate-dodge-e-diz-que-nao-ha-respaldo-para-arquivar-inquerito-de-fake-news.shtml>. Acesso em: 2 out. 2023.

²⁵²Petição inicial do mandado de segurança. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anpr-suspensao-inquerito-investiga-fake.pdf>. Acesso em: 2 out. 2023.

²⁵³Petição inicial do *habeas corpus* disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anpr-suspensao-inquerito-investiga-fake1.pdf>. Acesso em: 2 out. 2023.

²⁵⁴ANPR pede a suspensão de inquérito sobre ameaças ao Supremo. 16 de abr. de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/anpr-suspensao-inquerito-ameacas-supremo>. Acesso em: 2 out. 2023.

²⁵⁵*Habeas Corpus* nº 170.285, Min. Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 22 de jun. de 2020, DJe-181, 20 jul. 2020. A ação constitucional em questão não foi conhecida, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio Mello.

²⁵⁶Digno de nota a manifestação do Ministro Marco Aurélio Mello, cujo posicionamento orientou-se no sentido da adequação de impetração da ação constitucional eleita contra ato judicial do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea 'd', da Constituição Federal, que prevê expressamente a competência da Corte ao processamento e julgamento de mandado de segurança formalizado contra ato do próprio Tribunal. Tem-se, portanto, hipótese em que a jurisprudência prevaleceu sobre explícita disposição constitucional.

²⁵⁷Mandado de Segurança nº 36.422, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 22.06.2020, DJe-172, 08 jul. 2020.

²⁵⁸Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 542, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 18.06.2020, DJe-271, 12 de nov. de 2020.

pelo Tribunal Pleno ocorreu, de fato, em duas Sessões de Julgamento realizadas ²⁵⁹, respectivamente, nos dias 17 e 18 de junho de 2020 – isto é, em data anterior à oportunidade na qual apreciado o Mandado de Segurança nº 36.422 –, quando, igualmente por maioria, vencido novamente o Ministro Marco Aurélio Mello, assentou-se a constitucionalidade da Portaria nº 69/2019, conclusão alcançada sob o argumento de ter sido o instrumento questionado instaurado com base no artigo 43 do Regimento Interno da Suprema Corte, de incontestável constitucionalidade²⁶⁰.

Por sua vez, o único voto divergente proferido²⁶¹ registrou que, após a inauguração da polêmica Portaria, o então Presidente do Tribunal, Ministro Dias Toffoli, designou o colega Alexandre de Moraes como instrutor do Inquérito nº 4.781, inobservando a lógica de distribuição por sorteio que, salvo hipóteses de prevenção, impera na Corte, e, na evolução, sustentou não haver sido recepcionado o invocado dispositivo regimental pela Carta de 1988, notadamente porque consagrado pelo poder constituinte originário o sistema acusatório, que não admite a atuação de ofício do Poder Judiciário, postura agravada pela particularidade de, na casuística, cuidar-se o Supremo Tribunal Federal, para além de órgão do Judiciário, da própria vítima dos atos a serem investigados. A manifestação do Ministro Marco Aurélio, portanto, orientou-se no sentido da procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e conseqüente fulminação do expediente criminal, ressaltando, ademais, o teor de parecer exarado pela Procuradora-Geral da República que precipuamente atuou na demanda²⁶²,

²⁵⁹Igualmente em momento anterior ao acolhimento da notícia-crime remetida pelo Tribunal Superior Eleitoral, restou deflagrada operação cujos alvos foram apoiadores do então Presidente Jair Bolsonaro, conduzida pela Polícia Federal sem anuência do Ministério Público Federal, que, na figura do Procurador-Geral da República, Augusto Aras, havia manifestando-se contrariamente à realização das diligências levadas a efeito, contexto que motivou a formulação de pleito de suspensão cautelar da tramitação do Inquérito até o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572. Operação mira Roberto Jefferson, blogueiro e empresário Luciano Hang em inquérito contra *fakenews*. 27 de mai. de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/operacao-da-pf-mira-roberto-jefferson-blogueiro-empresario-luciano-hang-em-inquerito-contra-fake-news-24447899>. Acesso em: 2 out. 2023; Aras deu parecer contrário a buscas feitas em operação da PF e defendeu 'liberdade de expressão' dos investigados. 27 de mai. de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/aras-deu-parecer-contrario-buscas-feitas-em-operacao-da-pf-defendeu-liberdade-de-expressao-de-investigados-1-24448934>. Acesso em: 3 out. 2023.

²⁶⁰Plenário conclui julgamento sobre validade do inquérito sobre *fake news* e ataques ao STF. Brasília, 18. de jun. de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>. Acesso em: 3 out. 2023.

²⁶¹Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf>. Acesso em: 3 out. 2023.

²⁶²Posteriormente, a então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, foi substituída por Augusto Aras, indicado pelo Presidente Jair Bolsonaro. Aras manifestou-se, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 542, pela constitucionalidade da Portaria nº 69/2019, posicionamento que desagradou a muitos membros do Ministério Público Federal, os quais já haviam externalizado descontentamento com a indicação do Presidente da República, tendo em vista que seu escolhido nem sequer compôs a lista tríplice. Bolsonaro despreza lista tríplice e indica Augusto Aras para o comando da PGR. 5 de set. de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/bolsonaro-ignora-lista-triplice-e-diz-a-augusto-aras-que-o-indicara-a-pgr.shtml>. Acesso em: 3 out. 2023; Aras concorda com inquérito das *fake news* no STF, mas quer

posicionando-se por seu arquivamento.

Exposto o controvertido contexto no qual instaurado o famigerado inquérito das *fake news*, constata-se o flagrante direcionamento do exercício de prerrogativas institucionais pelo Supremo Tribunal Federal ao Chefe do Poder Executivo, cuidando-se de conduta que, inobstante plausivelmente lícita – amparada na constitucionalidade do artigo 43 do Regimento Interno da Corte -, ostenta indiscutível *déficit* de legitimidade, notadamente tendo em vista a consagração do sistema acusatório pela Constituição de 1988 e a especificidade de, na casuística, tratar-se o Tribunal do próprio ofendido, contra quem perpetradas as condutas a serem investigadas. A declaração de constitucionalidade da Portaria por meio da qual inaugurado o expediente criminal – em situação consideravelmente embaraçada, considerando ter a própria Corte examinado a constitucionalidade de ato que perpetrou – viabilizou o prosseguimento da tramitação e, conseqüentemente, a progressão dos níveis de tensão, cuja escalada potencializou-se significativamente após a referida inclusão de Jair Bolsonaro, à época Presidente da República, na condição de investigado.

A partir de então, acumularam-se declarações do Chefe do Poder Executivo atacando publicamente o Supremo Tribunal Federal enquanto instituição e seus Ministros, modo pessoal²⁶³, em manifestações que indicaram pretensões de agir para além das balizas constitucionais²⁶⁴ e de descumprir ordens judiciais prolatadas pela Suprema Corte²⁶⁵, bem como externalizaram que a postura adotada pelo órgão de vértice do Poder Judiciário poderia conduzir à ruptura institucional²⁶⁶. Durante o mandato presidencial exercido por Jair Bolsonaro, duas cadeiras do Tribunal vagaram em virtude de aposentadorias compulsórias²⁶⁷, as quais

participar. 10 de jun. de 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/aras-concorda-com-inquerito-das-fake-news-no-stf-mas-quer-participar/>. Acesso em: 3 out. 2023.

²⁶³ Bolsonaro chama Barroso, Ministro do STF, de “idiota” e “imbecil”. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/07/09/bolsonaro-chama-barroso-ministro-do-stf-de-idiota-e-imbecil.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2023; Bolsonaro sobre Alexandre de Moraes: 'Deixa de ser canalha'. 7 de set. de 2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/09/07/interna_politica,1303336/bolsonaro-sobre-alexandre-de-moraes-deixa-de-ser-canalha.shtml. Acesso em: 3 out. 2023.

²⁶⁴ Bolsonaro ameaça a Constituição e ataca Moraes. Brasília, 5 de ago. de 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/08/4941943-bolsonaro-ameaca-constituicao-e-ameaca-moraes-a-hora-dele-vai-chegar.html>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁶⁵ “Fui do tempo em que decisão do STF não se discutia, se cumpria. Não sou mais”, diz Bolsonaro. 7 de jun. de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/fui-do-tempo-em-que-decisao-do-stf-nao-se-discutia-se-cumpria-nao-sou-mais-diz-bolsonaro/>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁶⁶ Bolsonaro diz que 'não deseja' provocar rupturas, mas que 'tudo tem limite'. São Paulo, 28 de ago. De 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-diz-que-nao-deseja-provocar-rupturas-mas-que-tudo-tem-limite/>. Acesso em: 4 out. 2023. Bolsonaro cita momentos de ruptura democrática e diz que 'história pode repetir'. 7 de set. de 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/09/07/bolsonaro-cita-momentos-de-ruptura-democratica-e-diz-que-historia-pode-repetir.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁶⁷ Celso de Mello: a trajetória do Ministro que se aposenta após 31 anos de atuação no STF. Brasília, 13 de out. de

permitiram ao Chefe do Poder Executivo indicar dois nomes para integrar a Casa e, assim, encontrar algum respaldo no âmbito da Instituição com quem manteve relação marcadamente conflituosa. Ocorre que os Ministros indicados, após assumirem seus assentos²⁶⁸, demonstraram familiaridade com o jogo duro desempenhado pela Corte, direcionando o exercício de suas prerrogativas institucionais em favor de interesses do Governo Federal, como restou evidenciado no âmbito da Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente nº 39²⁶⁹.

Em Sessão de Julgamento realizada em 28 de outubro de 2021, o Tribunal Superior Eleitoral, por ocasião do enfrentamento do Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98.2018.6.16.0000²⁷⁰, decidiu, por 6 votos a 1, pela cassação do mandato do Deputado Estadual eleito pelo Estado do Paraná Fernando Destito Francischini, por uso indevido dos meios de comunicação social e abuso de autoridade - a conduta imputada ao parlamentar consistindo na realização de *live* (transmissão ao vivo), por meio da rede social *Facebook*, durante o primeiro turno das eleições de 2018, em que divulgadas notícias falsas²⁷¹ acerca do sistema eletrônico de votação e promovido propaganda pessoal e partidária, conduta vedada pelo artigo 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/97²⁷² -, declarando-se, ademais, sua inelegibilidade pelo prazo de oito anos.

A questão controvertida nunca antes fora enfrentada pela Corte Eleitoral²⁷³, debruçando-

2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453187&ori=1>. Acesso em: 4 out. 2023; Aposentadoria de Marco Aurélio Mello é publicada no Diário Oficial. 9 de jul. de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/07/09/bolsonaro-oficializa-aposentadoria-de-marco-aurelio-mello-no-stf.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁶⁸Sessão solene para posse de Nunes Marques será nesta quinta-feira (5), às 16h. Brasília, 3 de nov. de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454514&ori=1>. Acesso em: 4 out. 2023; Ministro André Mendonça toma posse no STF. Brasília, 16 de dez. De 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=478526&ori=1>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁶⁹Tutela Provisória Antecedente nº 39, Rel. Min. Nunes Marques, Red. Min. Edson Fachin, julgado em 07.06.2022, DJe-182, 12 de set. de 2022.

²⁷⁰Deputado Francischini é cassado por propagar desinformação contra a urna eletrônica. 28 de out. de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contr-o-sistema-eletronico-de-votacao>. Acesso em: 4 out 2023.

²⁷¹Constou no item 4 do acórdão lavrado pelo Ministro Relator, Luís Felipe Salomão, síntese das principais declarações proferidas durante a transmissão ao vivo: Sintetizam-se as principais declarações na transmissão: (a) “já identificamos duas urnas que eu digo ou são fraudadas ou adulteradas. [...], eu tô com toda a documentação aqui da própria Justiça Eleitoral”; (b) “nós estamos estourando isso aqui em primeira mão pro Brasil inteiro [...], urnas ou são adulteradas ou fraudadas”; (c) “nosso advogado acabou de confirmar [...], identificou duas urnas que eu digo adulteradas”; (d) “apreensão feita, duas urnas eletrônicas”; (e) “não vamos aceitar que uma empresa da Venezuela, que a tecnologia que a gente não tem acesso, defina a democracia no Brasil”; (f) “só aqui e na Venezuela tem a porcaria da urna eletrônica”; (g) “daqui a pouco nós vamos acompanhar [a apuração dos resultados], sem paradinha técnica, como aconteceu com a Dilma”; (h) “eu uso aqui a minha imunidade parlamentar, que ainda vai até janeiro, independente dessa eleição, pra trazer essa denúncia”.

²⁷²Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia. [...] § 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR: [...] III - a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatas.

²⁷³Constou no item 9 do acórdão lavrado pelo Ministro Relator, Luís Felipe Salomão: Hipótese inédita submetida

se o debate estabelecido sobre se a disseminação de notícias falsas acerca do sistema eletrônico de votação, acarretando incerteza quanto à lisura do processo eleitoral, configura abuso de poder político ou de autoridade, além de uso indevido dos meios de comunicação. Ao apreciar a demanda, o Tribunal Superior Eleitoral enquadrou a *internet* e as redes sociais²⁷⁴ no conceito de veículos ou meios de comunicação a que se refere o artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90²⁷⁵, adotando posicionamento no sentido de que as declarações proferidas por Fernando Destito Francischini configuraram uso abusivo dos meios de comunicação e, ainda, abuso de poder político ou de autoridade, por tratar-se, à época dos fatos, de delegado de polícia licenciado para o exercício do cargo de Deputado Federal, a acusação direta e indireta de fraude na urna eletrônica não se encontrando inserida na esfera de proteção da liberdade de expressão e, tampouco, da imunidade parlamentar²⁷⁶.

A relevância da solução jurídica alcançada restou evidenciada nas manifestações dos três Ministros do Supremo Tribunal Federal²⁷⁷ que, por ocasião do julgamento de que se trata,

a esta Corte Superior é se ataques ao sistema eletrônico de votação e à democracia, disseminando fatos inverídicos e gerando incertezas acerca da lisura do pleito, em benefício de candidato, podem configurar abuso de poder político ou de autoridade – quando utilizada essa prerrogativa para tal propósito – e/ou uso indevido dos meios de comunicação quando redes sociais são usadas para esse fim.

²⁷⁴Oportuno trecho da manifestação do Ministro Alexandre de Moraes (fl. 61 do acórdão): “As manifestações feitas no âmbito dessas novas plataformas de mídia social (*WhatsApp, Facebook, Twitter, Instagram*) também estão sujeitas, assim como os meios tradicionais (televisão, rádio, jornais e revistas), ao binômio liberdade com responsabilidade. Uma vez que ofendam, tentem desconstituir o regime democrático ou instigar discursos de ódio, devem ser responsabilizadas. Por tais motivos, entendo que a internet e as redes sociais, para fins eleitorais, enquadram-se perfeitamente no conceito de “veículos ou meios de comunicação” previsto no art. 22, caput, da LC 64/90.”

²⁷⁵Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político [...].

²⁷⁶Os Ministros apontaram, ainda, a gravidade da conduta, resultante da análise do seu grau de reprovabilidade e da magnitude da influência na disputa - ensejando benefício próprio e a terceiros a partir do efeito multiplicador das práticas ocorridas na *internet* -, afastando a tese de violação ao princípio da anualidade/anterioridade eleitoral, disposta no artigo 16 da Constituição Federal, considerando que tanto não poderia representar licença à perpetração de ataques à democracia.

²⁷⁷Excerto extraído do voto do Ministro Edson Fachin (fl. 47 do acórdão): “Quero, nada obstante, ao mesmo tempo que estamos a tratar do futuro de um mandato parlamentar – como aqui disse na bancada o eminente Ministro Carlos Horbach, que me antecedeu –, o futuro do mandato parlamentar, que é obviamente essencial, o parlamento, a política, os políticos e os partidos são essenciais para a democracia. Agora, eles se situam no estado de direito democrático, portanto, a essencialidade é o futuro das próprias eleições e o futuro da própria democracia.”; Excerto extraído do voto do Ministro Alexandre de Moraes (fl. 54 do acórdão): “Assim, a gravidade dos fatos é inconteste, porque a conduta revela a vontade livre e consciente de ofender e colocar em dúvida a integridade da democracia e do sistema eleitoral, gerando ruptura no equilíbrio das eleições que estavam em pleno curso no momento da transmissão.”; Excerto extraído do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (fl. 62 do acórdão): “Portanto, é um precedente grave. Preferiria que nós não tivéssemos que estabelecê-lo, mas se nós passarmos pano na possibilidade de um agente público representativo ir às mídias sociais dizer que o modelo é fraudado, que o candidato está sendo derrotado por manipulação da Justiça Eleitoral, e ficar por isso mesmo, o sistema perde a credibilidade. E, como disse, parte da estratégia antidemocrática é tirar a credibilidade das autoridades eleitorais e do processo eleitoral.”

compunham o Tribunal Superior Eleitoral, ressaltada a gravidade das declarações protagonizadas pelo então Deputado Federal e candidato a ocupar cadeira na Assembleia Legislativa do Paraná, cujos dizeres, para além de ataques ao sistema eleitoral, representaram verdadeira afronta à democracia, uma vez que ambicionou incutir nos eleitores compreensão de que existente, no âmbito da corrida presidencial, fraude destinada ao prejuízo de determinado candidato²⁷⁸ – Jair Bolsonaro, que, como anteriormente referido, sustentou a tese de fraude eleitoral durante o exercício de seu mandato²⁷⁹, tese esta que motivou sua inclusão na qualidade de investigado nos autos do Inquérito nº 4.781²⁸⁰ e foi utilizada pelo então Presidente da República para levantar suspeitas em relação ao prélio eleitoral a ser realizado em 2022 e cogitar, publicamente, a “inviabilidade” das eleições²⁸¹ –, provocando desastrosa repercussão acerca da legitimidade do pleito e, via de consequência, instabilidade do Estado Democrático de Direito.

Inconformados com a decisão prolatada pela Corte Eleitoral, os deputados Fernando Destito Francischini, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogério do Carmo, a Comissão Executiva Provisória do Partido Social Liberal (PSL) no Estado do Paraná e o PSL Nacional acionaram o Supremo Tribunal Federal, acusando violação à legalidade, à segurança jurídica, ao contraditório e à ampla defesa, à soberania popular, à manutenção dos mandatos democráticos, à anualidade eleitoral, ao sistema proporcional e à imunidade parlamentar e do uso dos meios de comunicação social. Sustentou-se, ainda, que a

²⁷⁸Evidenciada na manifestação de Fernando Francischini, transcrita à fl. 53 do acórdão: “[...] estou aqui, façam o que quiser, metam um processo em mim, porrada o que for. Principalmente o ‘pessoalzinho’ que não aceita as diferenças, que já fizeram com o Bolsonaro. Mas ficar quieto e calado não vou ficar. Tá terminando o período eleitoral, o período de voto e daqui a pouco nós vamos acompanhar sem paradinha técnica, como aconteceu com a Dilma lá atrás, quero ver o resultado agora. Pode ter sido avassalador o resultado e isso aqui não influenciar tanto, mas eu quero ver se não fizeram algum cambalacho pro Jair Bolsonaro não ganhar essa eleição no primeiro turno. É isso que eu quero ver [...]”.

²⁷⁹Sem apresentar provas, Bolsonaro diz que houve fraude eleitoral e que foi eleito no 1º turno. 9 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/sem-apresentar-provas-bolsonaro-diz-que-houve-fraude-eleitoral-e-que-foi-eleito-no-1o-turno.shtml>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁸⁰Sobre a estreita relação havida entre o Recurso Ordinário nº 0603975-98.2018.6.16.0000 e o Inquérito nº 4.781, oportuna a transcrição de trecho do voto prolatado pelo Ministro Alexandre de Moraes quando do julgamento daquele (fl. 50 do acórdão): “A conduta descrita nos autos, assemelha-se em muito ao modus operandi identificado no Inquérito 4.828/DF, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, instaurado, por requerimento da Procuradoria Geral da República, para a apuração de fatos ocorridos no dia 19 de abril de 2020 e seus antecedentes, em virtude da ocorrência de aglomerações de indivíduos diante de quartéis do Exército brasileiro, das quais foram noticiadas pretensões de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais, surgiram fortes indícios e significativas provas apresentadas pela investigação realizada pela Polícia Federal, em que foi apontada a existência de semelhante e coincidente organização criminoso, de forte atuação digital e com núcleos de produção, publicação, financiamento e político absolutamente semelhantes àqueles identificados no Inquérito 4781, com a nítida finalidade de atentar contra as Instituições, a Democracia e o Estado de Direito.”

²⁸¹Bolsonaro volta a atacar eleições: “A fraude está no TSE”. Brasília, 9 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/07/4936558-bolsonaro-volta-a-atacar-eleicoes-a-fraude-esta-no-tse.html>. Acesso em: 4 out. 2023.

decisão atacada ensejou prejuízo a terceiros e à composição de bancadas no Legislativo Paranaense, o PSL, em razão do coeficiente eleitoral, perdendo quatro representantes nos quadros da Assembleia Legislativa do Paraná e as prerrogativas decorrentes da formação da maior bancada.

Por ocasião do exame da Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente nº 39, em 02 de junho de 2022, o primeiro Ministro do Supremo Tribunal Federal indicado por Jair Bolsonaro deferiu a medida liminar postulada, reestabelecendo os mandatos de Fernando Destito Francischini e de outros três parlamentares, com o que devolvidas as prerrogativas da bancada do Partido Social Liberal (PSL) na Assembleia Legislativa do Paraná²⁸². A decisão monocrática proferida pelo Ministro Nunes Marques²⁸³ cassou, ainda que precariamente, outra prolatada por Tribunal Superior, o que, só por si, revela estar-se diante de situação nomeadamente sensível, agravada pela circunstância de que, na oportunidade em que apreciado o Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98.2018.6.16.0000, integravam a Corte Eleitoral os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, todos membros do Supremo Tribunal Federal e cujos votos orientaram-se no sentido da cassação do mandato, particularidade que evidencia – para além da imprescindível cautela exigida de Ministro responsável por apreciar monocraticamente e em caráter precário medida a ele submetida que ataca decisão colegiada exarada por Tribunal Superior – razoável possibilidade de que, quando fosse a inconformidade levada à 2ª Turma, da qual pertence o Ministro Edson Fachin, ou ao Plenário, não fosse referendada a decisão liminar prolatada e, conseqüentemente, restabelecido o entendimento que prevaleceu no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral.

Não se pode perder de vista, ademais, a especial importância de que se reveste a decisão prolatada nos autos do Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98.2018.6.16.0000 – aspecto que, somado àqueles elencados, recomendava particular sensibilidade na análise da demanda – considerada, desde sua prolação, como paradigmática no enfrentamento às denominadas *fake news*²⁸⁴, antevendo-se o cenário turbulento que se avizinhava com a aproximação da corrida

²⁸²Ministro Nunes Marques restabelece mandato do deputado estadual Fernando Francischini (PSL-PR). Brasília, 2 de jun. de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=488274&ori=1>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁸³Para o Ministro Relator da Tutela Provisória Antecipada nº 39, os argumentos lançados seriam indicativos de plausibilidade da tese sustentada pelos requerentes e que a interpretação adotada pela Corte Eleitoral importaria em “erosão do conteúdo substantivo dos preceitos relativos à segurança jurídica, à soberania popular e à anualidade eleitoral”. Sustentou inexistirem elementos fáticos ou probatórios autorizadores da conclusão de que a transmissão realizada nos 22 minutos restantes ao exercício do sufrágio tenha beneficiado Francischini ou, ao menos, tenha sido promovido com tal finalidade. Mencionou, ainda, que a bancada do PSL não poderia ser prejudicada pela decisão do Tribunal Superior Eleitoral. Íntegra da decisão monocrática proferida. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁸⁴Alexandre se opõe a Kassio e diz que posição do TSE para cassar mandato de quem espalhar fake news é ‘clara’

presidencial de 2022, que, já naquela quadra da história, prometia ser marcada por agressivos ataques à confiabilidade do sistema eleitoral e das urnas eletrônicas²⁸⁵.

Irresignado, Pedro Paulo Banzana, Deputado Estadual filiado ao Partido Social Democrático (PSD) – que, por ser suplente e ter ascendido à titularidade em razão da cassação do mandato de Francischini, viu-se obrigado a deixar sua cadeira na Assembleia Legislativa do Paraná em razão do decidido nos autos da Tutela Provisória Antecipada nº 39 –, impetrou mandado de segurança (nº 38.599)²⁸⁶ pugnando pela restauração da decisão da Corte Eleitoral²⁸⁷. A pedido da Ministra Cármen Lúcia, Relatora, o então Presidente da Suprema Corte, Ministro Luiz Fux, aprazou Sessão Virtual Extraordinária, submetendo a ação mandamental ao Plenário Virtual da Suprema Corte, aos Ministros garantidas 24 (vinte e quatro) horas para apresentarem seus votos, das 00h00min às 23h59min do dia 07 de junho de 2022²⁸⁸. Transcorrido pouco tempo após a abertura da Sessão Virtual, a Ministra Cármen Lúcia votou pela suspensão da decisão de Nunes Marques, sendo acompanhada pelos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes, como era de se esperar, considerando que ambos participaram do julgamento do Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98.2018.6.16.0000 no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral. Na sequência, o Ministro André Mendonça, também indicado pelo então Presidente da República Jair Bolsonaro, pediu vista²⁸⁹ sob o argumento de que pretendia

e vai ser aplicada nas eleições. 3 de jun. de 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/alexandre-de-moraes-opoe-kassio-nunes-marques-tse-cassar-mandato-fake-news/>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁸⁵ Achou pesado o clima eleitoral de 2018? O de 2022 vai ser pior. 28 de mar. de 2022. Disponível em: <https://exame.com/colunistas/money-report-aluizio-falcao-filho/achou-pesado-o-clima-eleitoral-em-2018-o-de-2022-va-ser-pior/>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁸⁶ O Mandado de Segurança nº 38.599 foi julgado prejudicado pela Ministra Relatora, Cármen Lúcia, em 1º de março de 2023, em virtude da perda superveniente do objeto (em razão da reversão da medida cautelar concedida pelo Ministro Nunes Marques no bojo da Tutela Provisória Antecipada nº 39). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356290209&ext=.pdf>. Acesso em: 4 out. 2023. Digno de nota que, diversamente do decidido nos autos do Mandado de Segurança nº 36.422 – em que dez dos onze Ministros que compunham a Corte à época, dentre a maioria inserida a Ministra Cármen Lúcia, votaram pelo não conhecimento da ação mandamental sob o argumento de que consolidada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da inadmissibilidade da impetração contra ato perpetrado por Ministro da Suprema Corte –, a Ministra Relatora, nesta oportunidade, conheceu do mandado de segurança (havendo, em momento anterior ao pedido de vista do Ministro André Mendonça, lançado voto de mérito, sendo acompanhada pelos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes) e, então, julgou-o prejudicado. Tal postura reforça a compreensão de que, no âmbito do Inquérito nº 4.781 (cuidando-se o Mandado de Segurança nº 36.422 de desdobração do expediente criminal), protagonizaram-se jogadas que, embora plausivelmente legais, ostentam *déficit* de legitimidade.

²⁸⁷ Deputado aciona STF contra decisão que devolve mandato de Francischini e outros três ex-parlamentares da Alep. Curitiba, 3 de jun. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2022/06/03/recurso-no-stf-quer-barrar-decisao-que-devolve-mandato-de-francischini-e-de-outras-tres-deputados-na-alep.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁸⁸ STF convoca sessão do plenário virtual para analisar suspensão da cassação de deputado. Disponível em: 4 de jun. de 2022. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/06/04/carmen-lucia-pede-sessao-do-plenario-virtual-para-stf-analisar-suspensao-da-cassacao-de-deputado.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁸⁹ Mendonça pede vista em ação de bolsonarista e Kassio pauta 2ª Turma. 7 de jun. de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-07/mendonca-vista-acao-deputado-kassio-pauta-turma>. Acesso em: 4 out.

evitar decisões conflitantes, “em benefício da ordem processual e rigor procedimental”, tendo em vista que seu colega Nunes Marques pautou, em 06 de junho de 2022, a Tutela Provisória Antecipada nº 39 (contra a qual impetrado o Mandado de Segurança nº 38.599) para julgamento perante a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal²⁹⁰.

Conforme preconiza o artigo 940, *caput*, do Código de Processo Civil (Brasil, 2015)²⁹¹, o Relator ou outro Julgador que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto, poderá solicitar vista pelo prazo máximo de dez dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução, a evidenciar que o pedido de vista previsto na legislação de regência não se presta a evitar decisões conflitantes e assegurar a ordem processual e o rigor procedimental, mas ao aprofundamento, por determinado julgador, de suas reflexões sobre o debate submetido à apreciação do Colegiado. Por meio do expediente adotado pelo Ministro André Mendonça, garantiu-se que a decisão monocrática do Ministro Nunes Marques não fosse julgada pelo Plenário da Casa, mas pela 2ª Turma, Órgão Fracionário composto por cinco Ministros. Em 07 de junho de 2022, por 3 votos a 2, vencidos Nunes Marques e André Mendonça, restou cassada a decisão liminar prolatada nos autos da Tutela Provisória Antecipada nº 39²⁹² e restabelecida, última análise, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral²⁹³.

As condutas perpetradas, no âmbito da Tutela Provisória Antecipada nº 39 e de seus desdobramentos, pelos dois Ministros indicados por Jair Bolsonaro, a despeito de plausivelmente legais, notabilizam-se por considerável *déficit* de legitimidade decorrente de manifesta afronta ao *fair play* constitucional, provocando questionamentos sobre a autonomia e imparcialidade necessárias ao adequado desenvolvimento das atribuições constitucionalmente conferidas aos Ministros da Suprema Corte, bem como acerca dos requisitos considerados pelo Chefe do Poder Executivo quando das indicações formalizadas. Quando trata sobre a alteração da natureza das catimbas desempenhadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Rubens

2023.

²⁹⁰Mendonça justifica vista e diz “ser prudente” esperar julgamento da 2ª Turma antes de análise do plenário. 7 de jun. de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mendonca-diz-que-pedido-de-vida-e-para-evitar-decisoes-conflitantes-sobre-caso-francischini-no-stf-e-indica-desfecho-na-2a-turma/>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁹¹Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.

²⁹²Íntegra do acórdão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353404165&ext=.pdf>. Acesso em: 4 out. 2023.

²⁹³2ª Turma restabelece cassação do mandato do deputado estadual Fernando Francischini (PSL-PR). 7 de jun. de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=488489&ori=1>. Acesso em: 4 out. 2023.

Glezer adverte que, àquela catimba institucional exercida pela Corte para prevalecer sobre outras Instituições ou Poderes, juntou-se outra na última década, desenvolvida pelos próprios Ministros, no interior da Casa, para sobrepor seu posicionamento em detrimento da maioria dos colegas, que sabida ou possivelmente, orientam-se em sentido contrário sobre determinado tema, salientando que, inobstante existam diferentes modos de exercê-la, a mais evidente das catimbas entre Ministros consiste em pedidos de vista que pretendem impedir a maioria de declarar resultado que vá de encontro ao que Ministro em particular entende adequado (Glezer, 2021, p. 68).

Ainda sobre a Tutela Provisória Antecipada nº 39, cumpre registrar que, inobstante inevitável a derrota, o pedido de vista do Ministro André Mendonça objetivou evitar a previsível “goleada” viabilizada pelo julgamento iniciado no Plenário Virtual, onde todos os Ministros da Casa apresentariam seus votos, havendo significativa probabilidade de que se concretizasse acachapante 9 a 2, expondo o isolamento dos dois Ministros indicados pelo então Presidente da República Jair Bolsonaro. Por sua vez, o revés ocorrido no âmbito da 2ª Turma (3 votos a 2) soa de modo menos ultrajante à imagem de quem depende da aprovação popular, notadamente tendo em vista que, à época, avizinhavam-se as eleições presidenciais realizadas em 2022.

4.5 ESTADO DE DETERIORAÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA OU

VERDADEIRA CRISE INSTITUCIONAL: CONSIDERAÇÕES PRÉ-CONCLUSIVAS

A partir da contextualização desenvolvida neste Capítulo, que pretendeu retratar o ambiente instalado no Brasil desde as manifestações de junho de 2013, a fim de compreender os fatores que concorreram à ascensão de líder de perfil marcadamente autoritário à Presidência da República, bem como tendo em mente o protagonismo que o Supremo Tribunal Federal passou a exercer na ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988 e especificamente na esfera política, modo incontestável, desde o julgamento da Ação Penal nº 470, depreende-se que a escalada de tensão havida entre a ala radicalizada da direita (simbolizada na figura de Jair Bolsonaro) e o órgão de cúpula do Poder Judiciário era inevitável, notadamente porque, se por um lado foram **(a)** anunciadas pelo Chefe do Poder Executivo²⁹⁴ (e pela corrente extremista que avalizou sua candidatura)²⁹⁵, ainda na condição de candidato ao

²⁹⁴ Bolsonaro quer aumentar para 21 o número de Ministros do STF. 2 de jul. de 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/eleicoes/noticia/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-para-21-o-numero-de-ministros-no-stf-cjj4nrln0iao01pabnwqwy4.html>. Acesso em: 7 out. 2023.

²⁹⁵ Em vídeo, filho de Bolsonaro diz que para fechar o STF basta 'um soldado e um cabo'. 21 de out. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/21/em-video-filho-de-bolsonaro->

Palácio do Planalto, ambições (inconstitucionais) de interferência na composição da Suprema Corte – a quem reputou a responsabilidade por, em virtude de suas decisões, “não poder nem sequer sonhar” em mudar o destino do país e acusou de imparcialidade –, **(b)** por outro, o poder constituinte originário atribuiu a este mesmo Tribunal a missão institucional de guardar o documento constitucional, conferindo-lhe, para tanto, extenso rol de competências²⁹⁶. Parece adequado afirmar que esta combinação de aspectos corresponde às “condições específicas” a que se referem Nathan Brown e Julian Waller (2016, p. 818), condições cuja incidência revela-se particularmente propícia no âmbito de democracias constitucionais jovens (Issacharoff, 2015, p. 191) e que exigem enérgica atuação do Poder Judiciário no intuito de assegurar a estabilidade institucional e salvaguardar o texto constitucional, desempenhando protagonismo ao decidir questões sensíveis e controvertidas, exercendo papel que, no entanto, eleva significativamente a possibilidade de que seja alvo de represálias praticadas pelos demais Poderes.

Conforme identificado pelo professor Oscar Vilhena Vieira (2018), instaurou-se no Brasil, a partir de junho de 2013, “profundo mal-estar constitucional”, potencializado pela eleição de Jair Bolsonaro à Presidência da República. Com efeito, este “profundo mal-estar constitucional” contribuiu à adesão de considerável parcela da sociedade à ala radicalizada da direita, tornando-se, no transcorrer dos últimos dez anos, evidentes as deficiências de natureza externa e interna – apontadas por Samuel Issacharoff (2015, p. 241) como características de regimes jovens e inexperientes – existentes na democracia brasileira, ambas concentradas na figura de Bolsonaro, que investiu publicamente contra a legitimidade do processo eleitoral inerente à democracia (elegendo o Supremo Tribunal Federal como seu inimigo e principal entrave à consagração da ideologia conservadora e autoritária defendida) e, ao ser submetido a obstáculo eleitoral significativamente ameaçador à sua perpetuação no poder – qual seja, a candidatura presidencial de Luiz Inácio Lula da Silva, viabilizada após decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 193.726, em que anuladas as sentenças condenatórias prolatadas em seu desfavor no âmbito da 13ª Vara Federal de Curitiba, declarado juízo incompetente para tanto²⁹⁷ – ameaçou deixar de responder adequadamente,

diz-que-para-fechar-o-stf-basta-um-soldado-e-um-cabo.ghtml. Acesso em: 7 out. 2023.

²⁹⁶Ver item 3.2 deste estudo.

²⁹⁷Fachin anula condenações de Lula e manda ações penais para Justiça Federal do DF. Brasília, 8 de mar. de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461870&ori=1>. Acesso em: 7 out. 2023. STF confirma anulação de condenações do ex-Presidente Lula na Lava Jato. Brasília, 15 de abr. de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464261&ori=1>. Acesso em: 7 out. 2023.

afirmando que não mais cumpriria decisões proferidas pelo Ministro Alexandre de Moraes²⁹⁸, Relator do Inquérito nº 4.781, havendo (no momento histórico em que desenvolvido o presente estudo) investigação em curso dedicada à descoberta de eventual plano golpista arquitetado por Jair Bolsonaro e pelas Forças Armadas a fim de assegurar sua manutenção no Palácio do Planalto²⁹⁹.

Se por um lado atribui-se à Suprema Corte, em decorrência da intervenção judiciária na dinâmica política nacional (Souza Neto, 2020, p. 125), atuação concorrente à construção de ambiente adequado à ascensão de Jair Bolsonaro à Chefia do Poder Executivo, o ex-Presidente da República, por sua vez, imputou ao mesmo Tribunal, desde a campanha presidencial de 2018, interferências decisivas em “questões nacionais” sensíveis e controvertidas³⁰⁰, narrativa esta robustecida durante o exercício de seu mandato. Tendo em vista o contexto político-institucional apresentado neste Capítulo e a partir da exposição de casos que pretenderam ilustrar o direcionamento, no transcorrer do Governo Bolsonaro, do exercício de prerrogativas institucionais pelo Supremo Tribunal Federal (enquanto Instituição) e por seus Ministros (individualmente) a outros agentes públicos (sejam membros dos demais Poderes ou colegas de Corte)³⁰¹ – configurando a prática de ações que, apesar de plausivelmente legais, ostentaram notável *déficit* de legitimidade por ofensa ao *fair play* constitucional, ou seja, catimbeiras por definição –, alcança-se a constatação de que, na evolução do mandato presidencial de Jair Bolsonaro, agravou-se significativamente o sensível cenário institucional enfrentado pelo Brasil desde junho de 2013. Nesta altura, sobrevém o questionamento: estar-se-ia diante de quadro de crise (sob a compreensão de que o conceito de legitimidade não se esgotaria na identificação de (i)legalidade de determinada conduta, concluindo-se que determinadas ações, ainda que encontrem abrigo na legalidade, podem não o encontrar na legitimidade, esta relacionada à interferência de certa postura nos valores relevantes da vida política) ou normalidade (tendo em vista que os conflitos políticos e jurídicos estabelecidos no Brasil

²⁹⁸Bolsonaro ataca Alexandre de Moraes e diz que não cumprirá mais decisões do ministro do STF. São Paulo, 7 de set. de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/09/07/bolsonaro-ataca-alexandre-de-moraes-e-diz-que-ministro-tem-tempo-para-se-redimir-ou-se-enquadra-ou-pede-para-sair.ghtml>. Acesso em: 7 out. 2023.

²⁹⁹Cid diz em delação que Bolsonaro discutiu plano de golpe com cúpula do Exército, Aeronáutica e Marinha. Brasília, 21 de set. de 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cid-diz-em-delacao-que-bolsonaro-discutiu-plano-de-golpe-com-cupula-do-exercito-aeronautica-e-marinha/>. Acesso em: 7 out. 2023.

³⁰⁰Ver nota de rodapé 201.

³⁰¹Ressalta-se que o direcionamento de prerrogativas institucionais – tal como exemplificado através dos casos mencionados no Capítulo anterior (ver notas de rodapé nº 65, 66 e 67 daquele) e por meio da sequência de decisões proferidas nos autos das Reclamações nº 31.965 e 32.035 e da Suspensão de Liminar nº 1.178 – à potencialização de interesses próprios (individuais ou institucionais) não se restringe ao período em que exercido mandato presidencial por Jair Bolsonaro.

ocorreram dentro das balizas estabelecidas pelas previsões legais e constitucionais) institucional?

Rubens Glezer (2021, p. 99-100) adverte que uma crise institucional pode decorrer de diversos motivos, a crise oriunda da frequente prática de ações catimbeiras cuidando-se de espécie diferente daquelas que se originam de um golpe militar que derruba o regime vigente até então, porque mais “*sutil e progressiva*”, promovendo a degeneração do regime democrático, que vai perdendo sua força institucional, e, conseqüentemente, indagações sobre se, de fato, aquele Estado se encontra em crise. É como se cada conduta catimbeira permitisse que o sistema democrático em vigor fosse penetrado por células autocráticas, que se alimentam da reiteração de tal prática, conduzindo este organismo ao que Balkin (2017, p. 153-155) denomina de apodrecimento constitucional, cuja persistência pode conduzir à real crise. O estado de apodrecimento constitucional, portanto, precede o estado de crise institucional, constatação que origina outra indagação: qual seria o critério a ser adotado para identificar quando ocorre a transição entre os dois estados referidos, isto é, até que momento se está em apodrecimento constitucional e a partir de quando inicia a crise?

Enquanto Jack Balkin e Sanford Levinson (2009) sustentam a compreensão de que o estado de crise seria identificável quando “o jogo acabou ou está prestes a acabar”, o autor da obra “catimba constitucional” trata sobre espécie diversa de crise, no qual ocorre a transformação de um regime político em outro, configurando o efetivo colapso do sistema político vigente, após período de grave apodrecimento (denominado por Glezer de “democracia deteriorada”), chegando-se a determinado ponto em que significativa quantidade de ações importantes deixa de se enquadrar nos valores centrais daquele regime (a deterioração é tamanha que o regime deixa, definitivamente, de ser uma democracia). Assim, surge a ideia do “catimbol”, adotada para ilustrar quando, pela reiteração de condutas que não estão de acordo com os propósitos daquele sistema político, o jogo desenvolvido deixa de ser o da democracia, ainda que possa remotamente lembrá-lo por questões de forma, mas completamente esvaziado em termos de conteúdo (Glezer, 2021, p. 102-103).

Theunis Roux (2013, p. 67) determina que o reconhecimento de uma democracia constitucional madura extrai-se da identificação sobre terem os tribunais construído a capacidade de decidir casos politicamente controversos de modo fundamentado em princípios legais sem sacrificar sua independência institucional. Desta capacidade originar-se-ia um escudo protetor à legitimidade jurídica do Tribunal mantendo-se intacta sua credibilidade e, via de consequência, autoridade.

Mantendo esta compreensão no horizonte, Glezer (2021, p. 85) alerta que a adoção da

catimba enquanto prática por determinada Corte Constitucional é uma “má estratégia” se pensada a médio e longo prazo, exatamente pelo fato de que prejudicial à independência institucional e legitimidade jurídica do Tribunal, lançando sobre suas decisões desconfianças quanto aos motivos que as fundamentam, dando azo à vinculação a interesses outros que não os da Justiça³⁰², correndo-se o risco de que o Poder Judiciário passe a ser considerado pela sociedade como Poder Político tanto quanto o Legislativo e o Executivo, de quem ações lícitas, mas com *déficit* de legitimidade, são melhor admitidas, visto que mais próprias do ambiente político em que inseridos. Esta alteração de entendimento acerca da posição ocupada pelo Judiciário revela-se especialmente delicada, porque capaz de ensejar mudança de postura dos atores políticos quanto à respeitabilidade das decisões prolatadas pela Corte, condicionada não mais à força jurídica que emanam, mas à concordância com o respectivo conteúdo³⁰³ (Glezer, 2021, p. 85).

O aviso enunciado por Glezer reflete sua compreensão de que a prática de condutas catimbeiras pelo Tribunal estimula sua reiteração pelos demais agentes políticos, conduzindo ao processo de erosão da autoridade da Corte, não apenas porque tanto tende a intensificar a inflexibilidade dos conflitos estabelecidos com os demais Poderes, impulsionados a patamares mais beligerantes, mas também, e talvez principalmente, porque existentes ao alcance do Executivo diversos métodos lícitos, mas com *déficit* de legitimidade – que transmitem a ideia de estado de normalidade institucional –, para subjugar uma Corte Constitucional, dentre os quais a indicação de Ministros politizados, medida adotada (e publicamente admitida) por Jair Bolsonaro no intuito de exercer influência no interior do Supremo Tribunal Federal e tentar assegurar o alcance de objetivos governistas, referindo-se aos indicados como verdadeiros representantes de seus interesses³⁰⁴.

Neste viés, tornando às espécies de crise, observa-se que, diversamente das espécies aludidas por Balkin e Levinson (2009, p. 714)³⁰⁵, a ruptura institucional proposta por Glezer é mais silenciosa e prolongada, ou sutil e progressiva, adjetivos empregados pelo próprio autor.

³⁰²Fazendo alusão, aqui, à expressão adotada pelo Ministro Luís Roberto Barroso quando estabelecida ríspida discussão com seu colega de Corte, Ministro Gilmar Mendes, em Sessão de Julgamento realizada no ano de 2018. Em bate-boca, Barroso diz que Gilmar é 'pessoa horrível' e 'envergonha STF'. 21 de mar. de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43494124>. Acesso em: 7 out. 2023.

³⁰³Identificou-se este fenômeno durante o exercício do mandato presidencial de Jair Bolsonaro. Ver nota de rodapé nº 205.

³⁰⁴'Hoje eu tenho 10% de mim dentro do Supremo', diz Bolsonaro sobre Nunes Marques. 9 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/politica/hoje-eu-tenho-10-de-mim-dentro-do-supremo-diz-bolsonaro-sobre/205096/>. Acesso em: 4 out. 2023; Bolsonaro diz que André Mendonça é um 'freio' colocado no STF. 13 de jul. de 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2022/07/bolsonaro-diz-que-andre-mendonca-e-um-freio-colocado-no-stf.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2023.

³⁰⁵Ver nota de rodapé nº 118.

Para tornar mais concreta sua proposição, adverte sobre a possibilidade de que uma democracia constitucional deixe de ser classificada como tal a partir de determinado contexto fático, onde, a título exemplificativo, o sistema de freios e contrapesos deixa de promover o devido equilíbrio entre os Poderes, os direitos fundamentais não mais ostentam o *status* medular e primordial do ordenamento jurídico (sofrendo constantes ofensas que põe em xeque sua condição de fundamentais) e os sistemas político e jurídico apresentam relevantes desvios entre os fins para os quais foram admitidos enquanto organismos estruturantes do Estado Democrático e os objetivos que efetivamente passaram a perseguir (Glezer, 2021, p. 103).

Ao sentenciar que a crise institucional decorrente da prática reiterada de ações catimbeiras proporciona a atmosfera ideal para que rupturas inequívocas, tais como as sugeridas por Balkin e Levinson, implementem-se, Glezer ressalta que a força e autoridade da Constituição enquanto organismo responsável pela fundação e estruturação de um Estado Democrático estão condicionadas à crença compartilhada pela população – esta vinculando as práticas sociais para com os regramentos estabelecidos na norma fundacional (e fundamental) – de que a Constituição possui a tal força e autoridade de que se fala, não sendo possível que os predicados em questão emanem do próprio regime democrático. Depreende-se do exposto pelo autor que a inexistência deste elemento subjetivo (crença) inviabiliza a conservação da Constituição na posição que se espera que ocupe em um sistema democrático, bem como que cada jogada catimbeira mina, em certa medida, a higidez deste sistema, em razão da violação ao *fair play* constitucional, e sua reiteração pode alcançar patamar em que, de tantas erosões já promovidas pelas catimbas anteriormente perpetradas, conclua-se pela irrelevância dos limites impostos pela Constituição (Glezer, 2021, p. 103-105).

5 CONCLUSÃO

Precipuamente, cuida-se a ascensão do Supremo Tribunal Federal ao papel de protagonista no âmbito da democracia brasileira de fato incontestável, cujas razões transitam desde o extenso rol de atribuições conferidas à Corte pela Constituição de 1988 – que, na quadra histórica da ruptura com o regime ditatorial, confiou-lhe a missão institucional de guardar o documento constitucional e assegurar a estabilidade institucional, aderindo à tendência global observada, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, na expressiva maioria dos países ocidentais –, até o evidente apreço nutrido pelos Ministros que compõem a Suprema Corte de concentrar o poder decisório sobre questões especialmente relevantes e sensíveis à nação.

No entanto, entre a notável expansão da autoridade do Tribunal – que, em virtude das funções constitucionalmente atribuídas, teve seu papel político consideravelmente robustecido, tornando-se verdadeira arena de embate político– e o mencionado apreço demonstrado por seus Ministros de deliberar sobre assuntos de natureza política, deve-se manter no horizonte a ocorrência de circunstâncias que não apenas justificaram, mas exigiram do Supremo Tribunal Federal atuação firme, a exemplo dos desdobramentos do denominado “Caso Mensalão” (considerado, à época, o principal julgamento da história do Brasil), que expôs complexo esquema de corrupção envolvendo atores políticos integrantes do primeiro escalão dos Poderes da República, circunstância que demandou o processamento e julgamento das acusações formuladas pela Suprema Corte e, via de consequência, jogou sobre o órgão de cúpula do Poder Judiciário quantidade inédita de holofotes.

Com efeito, parece autorizada a afirmação de que o enfrentamento da Ação Penal nº 470 demarcou o momento a partir do qual os principais veículos de comunicação passaram a prestar especial atenção às decisões da Corte (não apenas em perspectiva institucional, mas igualmente individual, no que diz respeito aos posicionamentos adotados por cada Ministro) e a sociedade brasileira, em virtude da magnitude (considerados os valores públicos movimentados e a relevância dos cargos ocupados pelos agentes investigados, processados e condenados) dos escândalos de corrupção expostos, interessou-se – e encontrou facilidade em – acompanhar o desenrolar dos acontecimentos.

De fato, como nunca antes na história do Brasil, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se em lugar de proeminente protagonismo no contexto político-institucional e, talvez de modo surpreendente, demonstrou-se absolutamente confortável com a posição à qual foi alçado. Por sua vez, seus Ministros, antes desconhecidos da esmagadora maioria da população, deixaram o anonimato e tornaram-se, para além de nomes ordinariamente

comentados pela mídia não especializada e por pessoas antes totalmente alheias às questões político-institucionais do país, alvos de fervorosos elogios e indigestas críticas, a depender dos entendimentos sustentados.

O sentimento de impunidade (e conformidade) nutrido pela sociedade brasileira em relação à classe política – consistente na compreensão de que este seletivo e privilegiado grupo não poderia, em razão das prerrogativas ostentadas e da influência exercida, ser alcançado pelas previsões legais e constitucionais que estruturam o ordenamento jurídico pátrio – cedeu espaço à esperança de que, por meio de atuação combativa e vigorosa da Suprema Corte, poder-se-ia almejar verdadeira moralização do sistema político nacional, responsabilização dos agentes ímprobos e corruptos e redenção de uma população constantemente ignorada pelo Poder Público, cujas políticas voltavam-se essencialmente aos seus próprios interesses e de uma distinta casta que, com os agentes políticos, mantinha (por vezes promíscuos) relacionamentos, população esta descrente das promessas consagradas no documento de 1988 em virtude do enorme descompasso havido entre o conteúdo preconizado no texto constitucional e as medidas efetivamente direcionadas à melhoria de suas condições de vida, muitas vezes limitadas aos períodos eleitorais e motivadas por pretensões eleitoreiras.

O resultado do julgamento da Ação Penal nº 470 culminou na condenação de considerável número de processados, conduzindo ao cárcere expoentes do cenário político brasileiro e transmitindo a mensagem de que a República encontrava no órgão de cúpula do Poder Judiciário seu voraz defensor em face das ilicitudes eventualmente perpetradas por atores dos demais Poderes. A imagem construída pelo Supremo Tribunal Federal perante a opinião pública – até então praticamente inexistente – revelou-se consideravelmente positiva e, sobretudo, de Instituição mais confiável ao alcance dos anseios sociais do que os próprios Poderes eleitos, circunstância que, ao mesmo tempo em que evidenciou o apoio popular aos posicionamentos adotados pela Corte, provocou relevantes incômodos na classe política, que, a despeito do incontestável desconforto sentido em decorrência da prolação de decisões especialmente controversas³⁰⁶, reconhecia a impossibilidade de direcionar manifestações mais agressivas ao Tribunal, sob pena de promover descontentamentos em seus respectivos eleitorados.

Desde então, a Suprema Corte não mais se distanciou do protagonismo assumido no

³⁰⁶Tal como a proferida nos autos da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326, que ratificou orientação consagrada no âmbito da Ação Penal nº 470 e reverteu o entendimento dominante na Ação Penal nº 565, assentando a automaticidade da cassação do mandato do titular de cargo eletivo criminalmente condenado através de sentença transitada em julgado, independentemente de manifestação do Poder Legislativo.

contexto político-institucional, reforçada, durante o transcurso dos anos seguintes, sua condição de arena de embate político, o que, entretanto, não se deve atribuir única e exclusivamente ao Poder Judiciário, senão também à própria classe política, responsável por, de modo progressivo, submeter à apreciação do Tribunal demandas de natureza eminentemente política, cabendo aos Ministros, então, o exame sobre a adequação, ou não, da intervenção judiciária nas demandas que lhes foram encaminhadas.

Ademais, o significativo apoio popular encontrado pelo Supremo Tribunal Federal no “Caso Mensalão” parece ter servido de termômetro aos Ministros, que se viram encorajados a direcionar o exercício de suas prerrogativas institucionais à agenda política determinada, manifestamente aprovada pela população: o combate à sistêmica corrupção eleitoral, que, escancaradamente exposta à sociedade brasileira no âmbito da Ação Penal nº 470, ganhou novos contornos a partir da deflagração da “Operação Lava Jato”. Em momento histórico no qual sobrevieram manifestações populares de descontentamento com o modelo de representação democrática, considerado corroído pela corrupção eleitoral, e de inconformidade com a percepção de impunidade às práticas criminosas protagonizadas por agentes políticos, inaugurou-se operação cujos desdobramentos alterariam substancialmente os rumos da democracia nacional.

Atento às particularidades do delicado cenário institucional instalado no Brasil, o Tribunal consolidou a mudança de comportamento institucional demonstrada no “Caso Mensalão”, direcionando incontestavelmente o desempenho das prerrogativas gozadas por seus membros à classe política e ratificando, por ocasião do enfrentamento de controvérsias remetidas à sua análise, a quase integralidade das medidas intituladas “de combate à corrupção” adotadas por órgãos diversos do Poder Judiciário no âmbito da “Operação Lava Jato”. Percorrendo a trilha do movimento de atuação contundente em desfavor do sistema político, adotou orientações jurisprudenciais rigorosas – a exemplo da controvertida decisão prolatada nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292, que admitiu a possibilidade da execução provisória da pena e, conseqüentemente, inviabilizou a participação (ainda que não na qualidade de candidato), na corrida presidencial subsequente, de agente político que contava com forte base eleitoral –, no intuito de responder à sistêmica corrupção, que, exposta à sociedade, desestabilizou o sistema partidário convencional, conduzindo à degeneração do presidencialismo de coalizão brasileiro.

Sobremaneira, a expansão da autonomia das instituições de controle e aplicação da lei, modo geral, e do Supremo Tribunal Federal, modo particular, em detrimento da esfera política descortinou atmosfera em que os Ministros se sentiram especialmente confortáveis à adoção de

posturas não-convencionais ao estamento jurídico em prol do progresso da agenda política assumida pela Corte, concorrendo à viabilização da candidatura de agente que, apesar de antigo membro do Congresso Nacional, apresentou-se à sociedade brasileira como capaz de atender aos anseios sociais antissistema, representando legenda partidária inexpressiva no cenário político nacional, a fim de moralizar o promíscuo ambiente eleitoral que há muito indignava a população e afastar do Palácio do Planalto e dos relacionamentos mantidos pelo Poder Executivo figuras e partidos políticos tradicionalmente vinculados a escândalos de corrupção. Este mesmo candidato, contudo, nutria explícita repulsa ao órgão de vértice do Poder Judiciário, a quem atribuiu expressamente a responsabilidade pelo delicado momento institucional enfrentado pelo Brasil em momento anterior às eleições presidenciais de 2018, externalizando publicamente aspirações de viés autoritário no que diz respeito à independência da Suprema Corte, ameaçada pela pretensão de se adotar medidas inspiradas no regime ditatorial militar sob o argumento de recuperação da imparcialidade da Instituição.

Se, por um lado, o direcionamento do exercício de prerrogativas institucionais à classe política no intuito de desenvolver a agenda de combate à corrupção assumida, em determinada altura da história recente nacional, posicionou o Tribunal como Poder mais confiável da República aos olhos da opinião pública, por outro, tornou viável a ascensão à Chefia do Poder Executivo de candidato que, desde a campanha eleitoral, evidenciou seu descontentamento com as posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, indicando tendência de escalada do nível de instabilidade institucional e a necessidade de posicionamentos contundentes, a fim de frear as aludidas aspirações autoritárias. Ocorre que, nesta quadra histórica, a Corte havia se tornado, há muito, uma das mais importantes instâncias políticas do Brasil – afastada, em certa medida, do perfil mais técnico inerente às Cortes Constitucionais –, condição esta que lhe assegurou notável reconhecimento e apoio popular, mas também lhe tornou alvo de críticas reiteradas formuladas por aqueles que não se contentavam com o teor das decisões proferidas, tudo em virtude da exposição a que foi submetida (ou se submeteu).

A força institucional do Tribunal, portanto, passou a depender, dentre outros fatores, da aprovação da sociedade quanto aos posicionamentos adotados por seus Ministros, circunstância à qual estavam acostumados os demais Poderes, porém consideravelmente estranha à natureza institucional do Poder Judiciário, a confirmar a qualidade de instância política ostentada e evidenciar as dificuldades que tal condição lhe acarretaria durante o mandato presidencial de Jair Bolsonaro.

Com efeito, os desafios impostos por Governo liderado por Presidente da República cujo perfil revelou-se incontestavelmente autocrático não se limitaram ao Supremo Tribunal

Federal, alcançando a própria democracia brasileira, exposta a ambiente potencialmente fragilizador por meio da propagação de constantes notícias falsas dedicadas à construção, no imaginário popular, de narrativa convincente no sentido da existência de conchavos institucionais (estabelecidos entre a Suprema Corte e agentes políticos de determinado viés político-ideológico) voltados a garantir a impunidade de atores políticos envolvidos em escândalos de corrupção e seus retornos a posições de prestígio e influência no contexto político-institucional, inviabilizando o efetivo combate à corrupção e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico e social do país.

A valer, a constante exposição negativa do Tribunal, pelo Chefe do Poder Executivo à sua base eleitoral, reforçando reiteradamente as acusações de que existente projeto político comprometido com a manutenção de privilégios de específicos integrantes da classe política vinculados à orientação político-ideológica contrária àquela defendida pelo Governo minou a força institucional da Corte, cujas decisões passaram a ser constantemente vinculadas a supostos interesses obscuros e não ao convencimento motivado dos Ministros, e potencializou manifestações populares contrárias ao Supremo, alcançando momentos de tensão tão elevados em que postulada intervenção militar e seu fechamento, bem como formuladas explícitas ameaças quanto ao não cumprimento de decisões proferidas por determinados membros do Tribunal e à (in)ocorrência de eleições presidenciais livres.

Destarte, o cenário retratado evidencia, de modo incontestável, que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a própria democracia brasileira, durante o Governo de Jair Bolsonaro, estiveram submetidos a sérios riscos – nunca antes registrados desde a redemocratização do país –, não havendo dúvidas, por conseguinte, acerca da necessidade de adoção de postura firme e combativa pela Instituição a quem confiada, pelo poder constituinte originário, a salvaguarda da Constituição, compreendida enquanto organismo responsável pela fundação e estruturação de um Estado Democrático de Direito, e a estabilidade institucional deste último. Apesar de extremamente delicado, o ambiente político-institucional brasileiro não configura passaporte prática de qualquer ação sob o fundamento de que se pretende proteger o documento constitucional e afastar os perigos que rondaram nossa jovem democracia.

Sob tal pretexto, os Ministros da Suprema Corte direcionaram o exercício de suas prerrogativas institucionais ao alcance de determinados interesses (institucionais ou individuais), protagonizando condutas que, inobstante plausivelmente legais (amparadas, por exemplo, em disposições legais ou regimentais), ostentaram *déficit* de legitimidade decorrente de evidente violação ao *fair play* constitucional, caracterizando a denominada catimba constitucional. Emblemática ação catimbeira praticada no transcorrer do mandato de Jair

Bolsonaro foi a instauração, de ofício, de inquérito dedicado a investigar discursos de ódio e disseminação de notícias falsas dirigidos ao próprio Tribunal, aos seus integrantes e familiares, decisão esta que, apesar de embasada em expressa previsão regimental do Supremo, enfrenta relevantes dificuldades de sustentação porque, no ordenamento jurídico pátrio, sistema acusatório, cuja dinâmica não admite que o Poder Judiciário inaugure investigação, competência constitucionalmente atribuída a instituições outras, situação agravada pelas circunstâncias de que (a) a condução do inquérito ficou a cargo de Instituição que figura como vítima no procedimento investigatório e (b) não foi submetido ao sistema de distribuição que, salvo hipóteses de prevenção, vigora na Corte, havendo a designação do Ministro Relator pelo Presidente do Tribunal, que o escolheu sem qualquer fundamentação que justificasse a opção eleita.

Outrossim, não se ignora que os fatos investigados são extraordinariamente graves – visto que carregados de incontestáveis aspirações inconstitucionais, pretendendo a deslegitimação das instituições democráticas, o estímulo da base eleitoral ao direcionamento de ataques aos membros destas, suas consequentes destituições e substituições por indivíduos alinhados ao seu núcleo político, tudo com vista a enfraquecer as instituições a quem constitucionalmente é atribuída a competência de exercer o sistema de freios e contrapesos, assegurando o saudável balanceamento do regime democrático – e demandavam contundente resposta do Supremo Tribunal Federal, cuja missão institucional, conforme anteriormente mencionado, é guardar o texto constitucional. Os tempos difíceis enfrentados por nossa imatura democracia, indiscutivelmente, exigiram a atuação da Corte Constitucional brasileira para fins de salvaguardá-la e, inevitavelmente, expuseram o Poder Judiciário, tornando-o objeto de agressivas represálias.

Considera-se, entretanto, que a prática das intituladas ações catimbeiras provoca o enfraquecimento da independência institucional e da legitimidade jurídica do Tribunal que as exerce, contribuindo à escalada dos níveis de tensão entre aqueles que protagonizam a catimba e seus alvos, bem como a adoção reiterada do expediente controvertido, notadamente em virtude da tendência de que o destinatário da conduta catimbeira, insatisfeito com a estocada institucional sofrida, adote idêntica postura no intuito de contra-atacar, utilizando-se, aqui, expressão própria da dinâmica fluída a que remetem jogos esportivos. Quanto maior a reiteração da catimba, diretamente proporcional a elevação do estado de instabilidade institucional, aproximando-se o regime democrático vigente da linha de ruptura.

Questiona-se, nesta altura do desenvolvimento do raciocínio, se as práticas catimbeiras adotadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal – exemplificadas, nesta pesquisa, pelo

Inquérito nº 4.781 e seus desdobramentos, dentre os quais as decisões proferidas no âmbito da Tutela Provisória Antecipada nº 39 – durante o exercício do mandato presidencial de Jair Bolsonaro submeteram a democracia a estado de crise institucional? Compreendida como momento a partir do qual o regime não mais responde adequadamente, a partir das premissas do Estado Democrático de Direito que estruturam a República Federativa do Brasil, conclui-se que não se avançou a estado de crise institucional, podendo-se assegurar, nesta quadra da história, que, a despeito das concretas investidas promovidas contra o sistema democrático e as instituições que o compõem, a democracia constitucional permanece vigente no país.

É paradoxal. A manutenção do regime democrático brasileiro após os beligerantes ataques sofridos pela ala radicalizada da direita deve ser atribuída, em considerável medida, à contundente atuação do Supremo Corte durante os anos de 2019 a 2022. A despeito desta constatação, determinadas condutas – plausivelmente legais, mas violadoras do *fair play* constitucional – praticadas por este mesmo Tribunal, comprometido com sua missão institucional de guardar a Constituição e assegurar a estabilidade institucional de nossa democracia, acentuaram os riscos aos quais foi submetida e concorreram à aproximação do estado de crise.

Faça-se registro extremamente importante, ainda que tanto tenha sido referido em momento anterior, mas (talvez) não com tamanha ênfase: os ataques aos quais a ala radicalizada da direita, liderada pelo ex-Presidente da República, Jair Bolsonaro, expôs a democracia brasileira e a estabilidade institucional da República foram inéditos, o que tornou consideravelmente mais complexo o notável desafio imposto ao Supremo Tribunal Federal, que não contava com precedentes à sua disposição para se socorrer e ratificar posicionamentos outrora adotados, em anterior momento de instabilidade institucional e consistentes investidas dirigidas ao enfraquecimento do regime democrático.

Concretizada, no início de 2023, transição pacífica entre o Governo Bolsonaro e de seu sucessor, eleito a partir de pleito livre, emerge a percepção de que o momento mais agudo e delicado de instabilidade institucional foi superado com êxito. Todavia, a manutenção do regime democrático assegura à ala radicalizada da direita, nas próximas eleições presidenciais, a formalização de candidatura, a fim de ascender novamente à Presidência da República, circunstância que exige do órgão de vértice do Poder Judiciário – cuja atuação, ao mesmo tempo em que se revelou extremamente relevante à proteção do documento constitucional e do sistema democrático, concorreu à escalada de tensão entre os Poderes da República a partir de estocadas institucionais protagonizadas por seus Ministros (tanto direcionadas a agentes políticos integrantes dos Poderes eleitos quanto aos próprios colegas de Corte) – reflexão e

amadurecimento acerca dos riscos decorrentes da escolha pelo caminho da catimba constitucional.

Afirma-se tanto porque, ainda que não tenha o Brasil ingressado em estado de crise, certo é que não vive ambiente de normalidade institucional, revelando-se adequado o enquadramento do atual momento institucional do país em categoria intitulada de “democracia deteriorada”. O órgão a quem confiada a missão de salvaguardar a Constituição foi provocado e respondeu de modo firme e combativo em defesa do Estado Democrático de Direito, mas, durante o curso da trajetória percorrida, valeu-se de medidas de questionável legitimidade para alcançar seu desiderato.

Examinada a experiência brasileira, constata-se que o *déficit* de legitimidade das ações desempenhadas pela Corte revelou-se suficiente para robustecer a narrativa – ordinariamente amparada apenas em notícias falsas – desenvolvida por aqueles cujas pretensões consistem na descredibilização das Instituições democráticas e no conseqüente enfraquecimento do regime político a partir destas estruturado, tornando-se combustível capaz de inflamar os discursos voltados à sua base eleitoral e fortalecer a tese de conchavo institucional, que já havia encontrado eco em determinados grupos sociais mesmo quando inexistentes quaisquer elementos aptos a indicar, ainda que minimamente, verossimilhança da versão sustentada pela direita radicalizada. A reiteração do expediente adotado, inevitavelmente, permeou, em alguma proporção, os meandros do sistema democrático por intermédio de suas rachaduras e desgastou, em determinado grau, a crença socialmente compartilhada quanto à força e autoridade do documento constitucional e à necessidade de respeito às suas disposições, revelando-se fato incontroverso, evidenciado pelas constantes (e crescentes) manifestações contrárias ao Supremo Tribunal Federal e em favor da intervenção militar e do fechamento das instituições que estruturam a República.

As conseqüências do enfraquecimento do sentimento nutrido pela sociedade de determinado Estado acerca da força e autoridade de sua Constituição não devem ser menosprezadas, senão observadas com particular atenção – notadamente por quem, exatamente por meio do documento de que se fala, recebeu a atribuição de implementar o ousado projeto constitucional arquitetado pelo poder constituinte originário –, visto que a higidez do Estado Democrático de Direito se encontra condicionada à (manutenção da) existência da crença compartilhada pela população de que a Constituição ostenta tal força e autoridade, sob pena de degeneração das diretrizes constitucionalmente consagradas e, conseqüentemente, do próprio regime democrático.

Como exposto, a atuação do Supremo Tribunal Federal, durante o mandato presidencial

de Jair Bolsonaro, revelou-se significativamente importante na defesa do documento constitucional e do sistema democrático, mas a adoção de ações catimbeiras, ainda que sob o pretexto de assegurar a estabilidade (ou evitar o agravamento do ambiente de instabilidade institucional), concorreu ao processo de deterioração da democracia, devendo-se manter no horizonte a compreensão de que a reiteração indiscriminada da catimba constitucional ostenta o potencial de conduzir a crença da população – outrora no sentido da convicção acerca da força e autoridade da Constituição à conclusão de que os limites impostos pelo texto constitucional não mais são relevantes, tamanhas as erosões promovidas pelas catimbas indistintamente perpetradas.

Observar-se-ia, portanto, em determinado momento histórico da democracia deteriorada que insiste em resistir, que o elemento subjetivo indispensável à perpetuação do Estado Democrático de Direito desapareceu, a população passando a se questionar sobre a (in)adequação da Constituição aos seus interesses, esgotada a credibilidade e, por consequência, autoridade da Corte Constitucional perante a sociedade, revelando-se, neste cenário sombrio, incapaz de exercer o sistema de freios e contrapesos de modo eficiente. E quem será(ão) lembrado(s) como o(s) responsável(is) pela transição do estado de democracia deteriorada à verdadeira crise? Em considerável medida, os próprios Ministros integrantes daquele Tribunal, que a cada jogada catimbeira minaram sua independência institucional e legitimidade jurídica, afastando-o da qualidade de órgão de perfil técnico e ratificando sua condição de instituição política.

É tempo de reflexão. As instituições democráticas permanecem em funcionamento, o Supremo Tribunal Federal ratificou seu compromisso com o projeto constitucional em desenvolvimento no Brasil e o regime democrático permanece, ainda que em estado deteriorado. O tempo para que sejam identificados os sérios riscos a que decisões plausivelmente legais, mas violadoras do *fair play* constitucional, submetem o Estado Democrático de Direito não se esgotou. Há tempo, igualmente, para a mudança de postura pelos Ministros que compõem a Corte – de quem tanto o documento constitucional espera e a quem tanto o regime democrático confia –, a fim de conduzir a hoje deteriorada democracia brasileira, combatida especialmente pelos agressivos ataques dirigidos pela ala radicalizada da direita, mas também (em menor medida) pelas catimbas protagonizadas pelo Tribunal, a caminho de reconstrução da crença social quanto à força e autoridade da Constituição.

Enquanto a sociedade e seus agentes políticos (ainda) eleitos ignorarem os diversos alertas sobre a proximidade do precipício constitucional, o estado de deterioração perpetuar-se-á e fortalecerá suas raízes na democracia constitucional, impregnando-se no sistema até o ponto

em que, eventualmente, seja capaz de corroê-lo por dentro.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. **Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

BALKIN, Jack M. Constitutional Hardball and Constitutional Crises. **Quinnipiac Law Review**, v. 26, n. 2008, Yale Law School, Public Law Working Paper nº. 158, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1141538>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BALKIN, Jack M. Constitutional Rot. **Maryland Review**, n. 77, 2017. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4696/77_Maryland_Law_Review_147_2017_.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **REI – Revista Estudos Institucionais**, v. 2. n. 2. 2016, p. 517–546.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5, out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17, mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 208.549/DF**. Distrito Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6293174>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente nº 39/DF**. Distrito Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6352600>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98.2018.6.16.0000**. Distrito Federal. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2022/2/22/18/8/8/2a99d0f9318a839b5da20407d8fb67fb7fef5764db37ab0cd2cad29413f140ee>. Acesso em: 04 jul. 2022.

BRITO, Adriane Sanctis de *et al.* São Paulo. **O caminho da autocracia - Estratégias atuais de erosão democrática**. Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo (LAUT), 2022.

BROWN, Nathan J.; WALLER, Julian G. **Constitutional Courts and political uncertainty: constitutional rupture and the rule of judges**. *International Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 4, 2016. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/14/4/817/2927936?login=true>. Acesso em: 25 ago. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 60, abr./jun. 2016, p. 59-117.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Imprensa: Coimbra, Coimbra Ed, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. *In: Constituição y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 217-225.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

CHAGAS, Carlos. **A ditadura militar e os golpes dentro do golpe: 1964-1969**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Unesp, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELSTER, Jon. Regla de mayoría y derechos individuales. La Política – **Revista de Estudios sobre el Estado y La Sociedad**, Barcelona, n. 4, p. 23-58, oct. 1998.

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

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y Democracia**. Mexico – DF: Fondo de Cultura Económica, 2001.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Biblioteca Azul, 2008.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. Porto Alegre: Editora Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2013.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 10. ed. São Paulo: EDUSP, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. Roma: Editora Laterza, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de; SATO, Leonardo Seiichi Sasada. **História oral do Supremo (1988-2013)**. v. 5. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015. Sydney Sanches.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Direito constitucional**: teoria da Constituição: as Constituições do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FREITAS, Bruno Moreno. “**O impeachment e a reforma trabalhista: direito do trabalho de exceção na sociedade de austeridade**.” Em Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho. Editado por Sayonara Grillo, Lilian Emerique e Thiago Barison, 61-75. São Paulo: LTR, 2018.

FRIEDMAN, Barry. The Will of the People and the Process of Constitutional Change. *George Washington Law Review*, Forthcoming, NYU School of Law, **Public Law Research Paper** n. 10-41, July 23, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1647728>. Acesso em: 25 ago. 2023.

GLEZER, Rubens. **Catimba Constitucional**: O STF, do antijogo à crise constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiesis na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileira, 1997.

HUQ, Azir; GINGSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. **65 UCLA Law Review**, n. 78, 2018. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13666&context=journal_articles. Acesso em: 07 out. 2023.

IGLESIAS, Francisco. **Trajectoria política do Brasil 1500-1964**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

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

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. **Constitutional crises**. 157 *U. Pa. L. Rev.* 707, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1183&context=penn_law_review. Acesso em: 11 out. 2023.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1. ed. São Paulo: Zahar, 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril. A voz do Leviatã pela boca de Behemoth: o estado de exceção, o poder moderador e o controle normativo de constitucionalidade como meios de expressão da unidade da soberania popular. *In*: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de (Org.). **Direito e política: Anais do II Congresso Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005.

LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. *In*: ROCHA, Cléa Carpi da (Org.). **As Constituições brasileiras**: notícia, história e análise crítica. Brasília, OAB: 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Traducción de Alfredo Gallego Anabidarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. **New York**: The Macmillan Company, 1942.

LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *In*: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**: the Theory and Practice of Constitutional Amendment.

Princeton: Princeton University Press, 1995.

MANGABEIRA, João. **Ruy: o estadista da república**. 3. ed. São Paulo: Martins, 1960.

MARCHIORI NETO, Daniel Lena. A Suprema Corte dos EUA e a construção dos direitos sociais: estado-de-arte sobre a posição minoritária durante a Era Lochner (1905-1937).

Contribuciones a las Ciencias Sociales, v. 25, p. 1-11, 2014. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/30/lechner.html>. Acesso em: 25 ago. 2023.

MARTINS, Waldemar Ferreira. **História do direito constitucional brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2003.

MARTINS-COSTA Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 85, t. I, mar. 2002, p. 86-137.

MELO, Marcus André. A malaise política no Brasil: Causas reais e imaginárias. **Journal of Democracy**, São Paulo, v. 6, n. 2, pp. 69-95, out. 2017.

MELO, W. F. Processualidades de. Do Golpe De Estado De 1964. **História Revista**, Goiânia, v. 20, n. 1, p. 92-118, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/historia/article/view/39367>. Acesso em: 17 out. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princent on University Press, 1999.

MICHELMAN, Frank. How Canthe People Ever Makethe Laws? A Critique of Deliberative Democracy. *In*: Bohman, James e Pehg, William. **Deliberative Democracy: Essays of Reasonand Politics**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1997, p. 145-171.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. *In*: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e decisões por princípio: uma fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 483 n. 43, p. 481-499. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Antônio Cattoni. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite;; SOUZA, Alvaro Ricardo de. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PILATTI, Adriano. **A constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PORTO, Walter Costa. **O voto no Brasil**: da colônia à 6ª República. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Do federalismo dualista ao federalismo de cooperação – a evolução dos modelos de estado e a repartição do poder de tributar. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 336-362, jun. 2018. Revista da Faculdade de Direito de Valência.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROSENN, Keith S. Judicial Review in Brazil: Developments under the 1988 Constitution. **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**, v. 7, p. 291-320, 2000.

ROUX, Theuis. **The politics of Principle**. The first South African Constitutional Court, 1995-2005. Cambridge University Press, 2013.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil**: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Adriana Campos; SANTOS, Polianna Pereira dos. O princípio da fidelidade partidária e a possibilidade de perda de mandato por sua violação: uma análise segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, v. 11, n. 14, p. 13-34, jul./dez. 2013.

SHARE, Donald; MAINWARING, Scott. Transição por transação: democratização no Brasil e na Espanha. **Dados**, v. 29, n. 2, 1986.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 Julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, 2020.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil**: de Getúlio a Castello (1930-1964). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: de Getúlio a Castelo. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. Direito e democracia nos 25 anos da Constituição brasileira. **Revista do Instituto de Hermenêutica jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, v. 11, n. 13, p. 143-163, jan./jun. 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. "O Código Civil e os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa". In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil - Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil". In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. In: **J Marshall L. Rev.** v. 37, 2004. Disponível em:
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1557&context=facpub>. Acesso em: 11 out. 2023.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VAN HOECKE, Mark. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of creation and legitimation. **Ratio Juris**, v. 14, n. 4, p. 415-423, dez. 2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir

constitucional como modelo de integração política. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, Dez. 2008.

VIANNA, José Augusto Seabra Monteiro. **O movimento militar que impediu o retorno do Presidente Café Filho à presidência da república**: o apoio do Congresso Nacional ao movimento; a resolução do Senado nº 21/55 e a histórica atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado de segurança nº 3.557- DF/1955. 2018. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy**: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. **Revista de Direito Renovar**, v. 27/153-174, 159-165, 2003.