



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Mestrado em Direito, Estado e Constituição

HENRIQUE SANTOS MAGALHÃES NEUBAUER

**AS FRONTEIRAS DO COURT-PACKING NO BRASIL:  
ENTRE O CONSTITUTIONAL HARDBALL E O CONSTITUCIONALISMO  
ABUSIVO**

BRASÍLIA - DF

2023

HENRIQUE SANTOS MAGALHÃES NEUBAUER

**AS FRONTEIRAS DO COURT-PACKING NO BRASIL:  
ENTRE O CONSTITUTIONAL *HARDBALL* E O CONSTITUCIONALISMO  
ABUSIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Professor Doutor João Costa-Neto.

BRASÍLIA - DF

2023

HENRIQUE SANTOS MAGALHÃES NEUBAUER

**AS FRONTEIRAS DO COURT-PACKING NO BRASIL:  
ENTRE O CONSTITUTIONAL HARDBALL E O CONSTITUCIONALISMO  
ABUSIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Doutor João Costa-Neto  
Universidade de Brasília  
Orientador

---

Professora Doutora Catarina Santos Botelho  
Universidade Católica Portuguesa  
Membro

---

Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira  
Universidade Federal de Minas Gerais  
Membro

---

Professor Doutor Georges Abboud  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Membro

A Denise e Guilherme, que me fazem uma pessoa melhor.

*De fato, não existe nada mais deplorável do que, por exemplo, ser rico, de boa família, de boa aparência, de instrução regular, não tolo, até bom, e ao mesmo tempo não ter nenhum talento, nenhuma peculiaridade, inclusive nenhuma esquisitice, nenhuma ideia própria, ser terminantemente como todo mundo.*

Fiódor Dostoiévski, O Idiota, 1869.

## AGRADECIMENTOS

A construção e o desenvolvimento de qualquer trabalho estão vinculados a fatores que nos são próprios, mas possuem influxo necessário de elementos externos, os quais são mais importantes do que a singularidade do indivíduo. Assim, não é possível deixar de destacar a importância da participação de pessoas responsáveis pela consecução desse trabalho, sob pena de cometer uma grande injustiça. Isso porque, sozinho, minhas limitações me impediriam de trilhar esse caminho, de modo que atribuo especial relevância ao compartilhamento de experiências e conhecimentos que me foram proporcionados pelas pessoas que Deus colocou em minha vida. Dessa forma, agradeço-o em primeiro lugar, afinal, foi ele quem traçou meu destino e escolheu, um por um, quem faria parte dessa jornada, não apenas acadêmica, mas de vida.

Não seria correto deixar de homenageá-la desde já, minha esposa, Denise, a pessoa que mais de perto acompanhou os passos de minha vida nos últimos nove anos. Seja no âmbito profissional, acadêmico ou da vida rotineira, ela é a estrutura que mantém minhas bases sólidas; é responsável pelo meu sorriso, por meus sonhos, e sem ela não seria possível chegar até aqui. Compartilhamos bons e maus momentos, porém sempre juntos. Em *O Banquete*, Platão relata o discurso de Aristófanes que ficou conhecido como a “teoria da alma gêmea”. De acordo com o comediógrafo, no início dos tempos, os homens eram seres completos, de duas cabeças, quatro pernas, quatro braços, mas diante de uma rebelião contra Zeus foram castigados e cindidos em duas metades. Essa divisão não gerou apenas consequências físicas, mas manifestações emocionais, em especial a sensação de vazio, como se algo estivesse faltando. Depois desse episódio, desesperados, os homens saíram à procura de sua outra metade, sem a qual não viveriam. Hoje posso afirmar que, apesar de Zeus, encontrei minha outra metade, minha alma gêmea, e voltei a ser um homem completo.

Agradeço a meu filho, Guilherme, que com apenas sete anos me ensina, diariamente, o valor das pequenas coisas. Sem dúvida é o responsável pelo maior aprendizado de minha vida: ser pai. Sua inocência resgata minha própria infância e a pureza dos olhos de quem observava o mundo como um lugar bom, repleto de oportunidades e fantasia. Em algum momento de minha história isso se perdeu e a paternidade foi responsável pelo seu resgate.

Meus pais, Jorge Frederico e Mara, foram fundamentais na formação de minha personalidade e dos valores que possuo. Além de todo amor incondicional que recebi – e ainda recebo – me concederam herança mais valiosa do que qualquer bem material: a educação. Sempre tive a companhia de meu irmão, Franklin, amigo para todos os momentos.

Minhas avós, Iraci e Maria de Jesus, cuja experiência de vida supera nove décadas muito bem vividas e com conhecimento singular a compartilhar.

Começar uma nova vida, especialmente em um lugar diferente, de cultura distinta, é um grande desafio. No entanto, a variedade do grau dessa dificuldade dependerá das pessoas que encontrar. Nesse ponto, acredito que tive a felicidade de cruzar o caminho de muitas pessoas de bem, em especial aos amigos Júlio e Anderson. Foram grandes incentivadores desse projeto acadêmico e me ensinaram os primeiros passos no ramo da pesquisa científica. Ainda sobre amizades, não posso deixar de agradecer pelos amigos que a UnB me apresentou, Otávio, Danielle e Thaís, nossos encontros são sempre regados de muitas risadas, histórias e aprendizado. Se somos a média das cinco pessoas que mais convivemos, fico feliz em receber influências de pessoas com singular intelectualidade.

Já que mencionei a palavra intelectualidade, obviamente não poderia deixar de agradecer meu orientador, João Costa Ribeiro-Neto. Ele assumiu minha orientação no quarto final de meu prazo acadêmico, para minha felicidade. Eu não poderia ter feito escolha melhor. Trata-se de uma pessoa incrível, cujo conhecimento se expande entre os mais distintos ramos do direito. Escreve sobre direito privado, leciona teoria do direito, ensina filosofia, orienta sobre assuntos complexos do direito constitucional. Além disso, é um colega de toga que me orgulho de ter como referência.

Devo agradecer, também, aos demais professores que essa jornada me proporcionou: Douglas Pinheiro, Juliano Zaiden Benvindo, Alexandre Bernardino da Costa, Pablo Holmes. Faço um agradecimento especial ao professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, pois, diante da pandemia do COVID-19, somente com ele tive aulas presenciais e a possibilidade de frequentar o campus da UnB. Todos foram fundamentais no meu desenvolvimento acadêmico e isso fica evidente neste trabalho, afinal, ele é composto de fragmentos do conhecimento que adquiri ao longo desses dois anos.

A vida acadêmica exige muito esforço e compatibilizá-la com outras atividades é desafiador. Por isso, agradeço aos meus assistentes, Silvio e Heverson, em razão do suporte que me deram no exercício da judicatura, sem ele não seria possível concluir esse projeto.

Aos colegas magistrados, promotores de justiça, defensores, advogados, meu muito obrigado. Embora o presente trabalho tenha cunho acadêmico, possui forte influência de minha atividade profissional, construída a partir da experiência e diálogo com todos que trabalhei nesses quase dez anos. Não posso esquecer do colega Sival Guerra Pires, doutorando na UnB, que dedicou seu tempo em me ajudar na elaboração de meu projeto de pesquisa, com brilhantes conselhos. Trata-se de outro profissional que tenho singular admiração.

Por fim, agradeço a você, leitor. Esse trabalho é fruto de um desenvolvimento acadêmico acerca de tema que me entusiasma. Trata-se de elemento particular sobre um aspecto de minha vida que compartilho com muita alegria. Se hoje você está aqui, dedicando seu tempo com essa leitura, somente me resta agradecê-lo pela honra que me concede. Espero que encontre, nas próximas páginas, aquilo que procura.

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é compreender em que medida o *court-packing* pode caracterizar a prática do constitucionalismo abusivo ou estar situado no âmbito do *constitutional hardball*, bem como seus reflexos no sistema político brasileiro. É possível perceber uma crescente expansão do Poder Judiciário que, cada vez mais, ocupa os espaços pertencentes aos demais poderes de estado. Desde a promoção de políticas públicas até decisões que interferem em processos legislativos, as Cortes passaram a desempenhar um papel de singular importância no jogo político. Essa circunstância não passa despercebidas aos membros dos demais poderes, que buscam estratégias para entender a forma de decidir dos Tribunais. Dentre elas está o *court-packing*, ou seja, empacotar Cortes com pessoas que guardem algum grau de comprometimento com a ideologia de quem fez a indicação. Trata-se de um fenômeno complexo, mas que, em alguma medida, pode estar situado dentro do jogo político comum ou servir de instrumento para acabar com qualquer forma de competição política. A essa segunda circunstância é denominada de constitucionalismo abusivo, cuja característica é a utilização do ideal do constitucionalismo para tornar o estado menos democrático. Hodiernamente a erosão democrática, em uma concepção de democracia liberal, ocorre através dos meios que o sistema constitucional confere a partir de seu *design*. Distinguir quando esse fenômeno pode caracterizar abuso dos instrumentos constitucionais é o ponto central do trabalho, que buscará compreender as possibilidades e consequências para o constitucionalismo brasileiro.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Empacotamento de Cortes. Constitucionalismo Abusivo. Jogo Duro Constitucional. Supremas Cortes.

## **ABSTRACT**

The objective of this work is to understand to what extent Court-Packing can characterize the practice of abusive constitutionalism or be situated within the scope of constitutional hardball, as well as its effects on the Brazilian political system. It is possible to perceive a growing expansion of the Judiciary Power that, more and more, occupies the spaces belonging to the other powers of state. From the promotion of public policies to decisions that interfere in legislative processes, the Courts began to play a role of singular importance in the political game. This circumstance does not go unnoticed by members of the other branches of government, who seek strategies to understand how the Courts decide. Among them is court-packing, that is, packing Courts with people who have some degree of commitment to the ideology of who made the nomination. It is a complex phenomenon, but one that, to some extent, can be situated within the common political game or serve as an instrument to end any form of political competition. This second circumstance has been called abusive constitutionalism, whose characteristic is the use of the ideal of constitutionalism to make the state less democratic. Nowadays, democratic erosion, in a conception of liberal democracy, occurs through the means that the constitutional system confers from its design. Distinguishing when this phenomenon can characterize abuse of constitutional instruments is the central point of the work, which will seek to understand the possibilities and consequences for Brazilian constitutionalism.

**Keywords:** Constitutionalism. Court-Packing. Abusive Constitutionalism. Constitutional Hardball. Supreme Courts.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – OS LIMITES ENTRE O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E O JOGO DURO CONSTITUCIONAL	
1.1 O Poder Judiciário como um problema a ser resolvido.....	17
1.2 A definição de constitucionalismo.....	21
1.3 Independência judicial e a regra da maioria.....	23
1.4 A expansão do Poder Judiciário e o constitucionalismo abusivo.....	28
1.5 A prática política do “jogo duro constitucional” na história americana.....	36
CAPÍTULO 2 – AS FUNÇÕES DAS SUPREMAS CORTES NO NOVO AUTORITARISMO	
2.1 Judicialização da política e o agir estratégico.....	45
2.2 Abusive Judicial Review.....	59
2.3 Limites estratégicos.....	64
2.4 Um olhar mais profundo sobre o <i>court-packing</i> anticonstitucional.....	67
CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS RISCOS INSTITUCIONAIS	
3.1 Contexto brasileiro.....	89
3.2 Espectralidade da experiência autoritária.....	95
3.3 Design e as competências do Supremo Tribunal Federal.....	102
3.4 Complexidade política das indicações presidenciais.....	109
CONCLUSÕES.....	116
REFERÊNCIAS.....	119

## INTRODUÇÃO

Cortes Constitucionais tornaram-se instituições de elevada importância para o constitucionalismo moderno, especialmente em razão das atrocidades que regimes totalitários praticaram no passado. A fixação de limites e fronteiras nunca foi tão necessária à cisão entre política e direito. Porém, as demandas da modernidade exigem que o Poder Judiciário, cada vez mais, imiscua-se em matérias afetas aos demais Poderes, do que emergem circunstâncias capazes de gerar não apenas críticas, mas problemas institucionais. Como participantes do jogo político, o interesse pelos indivíduos que ocupam cadeiras nessas Cortes aumenta, afinal: é alguém que pode ser o “fiel da balança” em determinada política? Os nomes que compõem o tribunal merecem especial atenção.

Em um regime que prioriza o sistema de freios e contrapesos, é natural que as escolhas para esses tribunais sejam feitas com a participação de agentes políticos. Inclusive, essa participação é necessária pelo que ela representa para assegurar, em certo grau, o envolvimento democrático, justamente uma das principais críticas que o Judiciário sofre. Como a democracia não tem uma fórmula pré-estabelecida para tal, evidentemente, alguns desajustes ocorrem, a depender do *design* constitucional e da atuação individual do próprio segmento político.

É verdade que as escolhas para as Supremas Cortes passam necessariamente pelo Executivo e pelo Legislativo. No entanto, deve-se destacar que a independência do Judiciário é um elemento indispensável a qualquer democracia. Aqui não se defende que uma Corte Constitucional seja elemento necessário, muito menos que um controle de constitucionalidade forte atue como atributo essencial, mas sim, que a independência do Poder Judiciário é fundamental. O problema surge a partir do instante em que o desenho institucional do tribunal é questionado pelo descontentamento de políticos de ocasião.

Tamanho, competências, prerrogativas e escopo são elementos que compõem a previsão constitucional dos tribunais e estão sujeitos a debate no *locus* devido. A questão torna-se complicada no momento em que os respectivos questionamentos surgem camuflados por estratégias que visam minar a independência judicial. Isso ocorre devido ao surgimento de líderes com viés autoritário, que buscam erodir o regime democrático por meio das “regras do jogo”, aquilo que se denominou de constitucionalismo abusivo<sup>1</sup>. Entre esses planos de consolidação no poder está o *court-packing* ou empacotamento de cortes, que constitui na

---

<sup>1</sup> LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. University of California. *Davis Law Review*, v. 47, n. 189, 2013, p. 8.

indicação de pessoas com vínculo ideológico ou visão política semelhante à da pessoa que as indicou para a Corte. Entender o *court-packing*, por si só, como um instrumento autoritário é equivocado, haja vista que, pela própria natureza das indicações, é esperado que a escolha recaia sobre pessoas que preencham os atributos subjetivos da autoridade indicante. Não se imagina que um político conservador, como regra, escolha um magistrado progressista. Porém, perceber que se trata de um movimento anticonstitucional, no sentido de abuso de um poder constitucional, também não é tarefa simples; enseja uma análise mais profunda do que só uma indicação simplesmente.

A literatura tem se debruçado sobre o fenômeno, mas ainda não conseguiu traçar parâmetros objetivos para delinear as fronteiras entre o *court-packing*, como estratégia autoritária ou como um mero jogo político duro, semelhante ao que se denominou *constitutional hardball*<sup>2</sup>. Essa ausência de critérios se justifica pela diferença de contextos políticos e *designs* constitucionais ao redor do globo. Entender o movimento antidemocrático demanda observações que vão além de um estudo meramente institucional, embora seja importante nessa matéria. História constitucional, *designs* das cortes, contexto político, aspectos culturais e até mesmo perfil de líderes e partidos também são elementos que precisam ser conjugados com a análise institucional para compreender a realidade do país de forma mais ampla.

Nesse contexto, há hipóteses baseadas em movimentos que não se limitam à mera cooptação do Judiciário. Isso significa que o sintoma envolve o ataque não somente a uma instituição, o que exige uma atuação sobre todo o sistema democrático. Diante de suas particularidades, especialmente em razão do protagonismo que as Supremas Cortes adquiriram no período pós-guerra, torna-se necessário, para o sucesso da erosão democrática, que se obtenha o controle do Judiciário. Assim, parte das estratégias anticonstitucionais contra cortes são diagnosticadas com base na repetição de atos que incidem em países cuja democracia já se encontra em risco. Ao mapearem esses atos, estudiosos iniciaram os primeiros escritos sobre o fenômeno, o que torna mais fácil sua identificação. Porém, a solução para o problema continua em aberto.

A questão que se apresenta a este trabalho é: em que ponto da fronteira entre o *court-packing* e o *constitutional hardball* o Brasil se encontra?

---

<sup>2</sup> TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, n. 37, 2004, p. 523.

O objetivo é verificar em que situação se encontra o Brasil, no que se refere aos movimentos de *court-packing* e de *constitutional hardball* para cooptação do Supremo Tribunal Federal.

A história brasileira é repleta de exemplos em que o executivo tentou inferir no Supremo Tribunal Federal. De Floriano Peixoto, passando por Getúlio Vargas e com maior ênfase no período militar, sempre ocorreram tentativas de intimidar ou de controlar essa Corte. Muitas das estratégias utilizadas nos últimos tempos para controlar o Judiciário, embora consideradas modernas, ocorreram na história do Tribunal brasileiro, o que torna essa instituição merecedora de especial atenção para se compreender a manifestação do fenômeno e servir de bússola à busca de soluções. Afinal, é inegável que o Supremo Tribunal Federal é um órgão de singular importância para a democracia brasileira. Reformado pela Constituição Federal de 1988, de uma instituição impossibilitada e sem capacidade institucional de autoproteção, o cenário brasileiro, especialmente nos últimos anos, apresenta uma Corte empoderada e com mecanismos de controle sobre os demais Poderes, os quais, positiva ou negativamente, servem fielmente à sua função de guardião da Constituição. No entanto, essa construção teve um preço, haja vista seu histórico constitucional desde os primeiros dias da República.

Antes de se adentrar a especificidade do caso brasileiro, porém, é importante compreender a abordagem a partir de conceitos que são importantes e, em um segundo momento, verificar a manifestação do fenômeno em contextos previamente escolhidos.

O tema é relevante, primeiro, por ser absolutamente atual e pelo fato de essa atualidade, ainda que já evidenciada na literatura, parece ainda não ter sido suficientemente discutida, haja vista não se apresentarem soluções para o problema. Os meandros do problema são particulares, podendo neles haver disfarces.

No que tange ao método de abordagem, o trabalho foi desenvolvido nas perspectivas histórica e do Direito Comparado, utilizando-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica. Em ambas as perspectivas, foram consultadas publicações da literatura nacional e internacional sobre o tema. Especialmente sobre o Direito Comparado, os procedimentos abarcaram dois aspectos, o universalismo normativo e o funcionalista<sup>3</sup>, os quais funcionam como prática de captura de valores normativos que tenham relação com ideias desenvolvidas por sistemas constitucionais semelhantes. Deles se extrai um terceiro aspecto, o

---

<sup>3</sup> TUSHNET, Mark. Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law. In S. Choudhry (Ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, p. 67-83. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. doi:10.1017/CBO9780511493683.003.

contextualismo, ponto que importa a esta pesquisa. A noção de contextualismo está na compreensão de que as ideias constitucionais constituem expressões de autocompreensão de determinado Estado.

Estruturou-se o presente trabalho em três capítulos com certo grau de sinergia. No primeiro, apresenta-se o problema com forte ênfase na conceituação de constitucionalismo abusivo e de jogo duro constitucional (*constitutional hardball*). A proposta conceitual necessita vir acompanhada de circunstâncias fáticas que possam delinear suas ocorrências em fatos históricos, justamente para demonstrar que o contexto é essencial como elemento de diferenciação entre fenômenos que guardam tamanho grau de similitude. Essa apresentação não excede as propostas desenvolvidas pelos autores de cada conceito. Além disso, é importante compreender que determinadas balizas normativas precisam ser definidas para não se fugir ao escopo do trabalho. Em razão disso, com a devida justificação, opta-se por um conceito de constitucionalismo que abarque o *minimum core*. Constitucionalismo e democracia são elementos que podem abarcar tudo ou nada, a depender de concepções subjetivas que variam conforme visões muito particulares. Para evitar que a discussão não tenha seu próprio fechamento, metodologicamente, pretendeu-se trabalhá-la a partir de suas características mínimas, o que não exclui, evidentemente, uma visão mais ampla que englobe essas mesmas propriedades. Não se pretende realizar estudo acerca da epistemologia do constitucionalismo, mas apenas fixar um marco para a estruturação metodológica, necessário à coerência do desenvolvimento argumentativo.

Para entender a importância que o Poder Judiciário desempenha nos planos autoritários, é necessário compreender como e de que modo sua expansão de Poderes é um problema que precisa ser contornado aos que têm objetivos antidemocráticos. Este estudo também pode servir como sinal de atenção aos dos perigos da cooptação das cortes para a democracia.

No segundo capítulo, aprofunda-se o problema com a definição das estratégias que estão à disposição de líderes autoritários que dominaram suas cortes constitucionais. Inicia-se com a apresentação da importância das supremas cortes para a definição de valores intrínsecos a própria sociedade, com base no que foi denominado de judicialização da política (ou da megapolítica)<sup>4</sup>. Em seguida, discute-se como o controle de constitucionalidade que, embora concebido como instrumento contramajoritário de proteção aos direitos individuais, pode ser posto contra o constitucionalismo a pretexto de cumpri-lo, em uma derivação do

---

<sup>4</sup> HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism And The Judicialization Of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 721.

constitucionalismo que se manifesta sob a forma de *abusive judicial review*<sup>5</sup>. Como a utilização de elementos democráticos contra a democracia necessita de certo grau de camuflagem – afinal, busca-se transmitir ares de normalidade –, também serão abordados os limites a que esses movimentos estão inseridos.

A título de exemplo, aborda-se o contexto de três países que tiveram suas supremas cortes atacadas por movimentos desse gênero: Hungria, Polônia e Venezuela. Do contextualismo metodológico resultante das respectivas análises, vêm expressões de autocompreensão do Estado, o que requer coerência de pensamento na migração de ideias constitucionais de um sistema para outro, para evitar a busca de modelos ou soluções sem o necessário filtro. O que se pretende é uma análise de contexto, do *design* constitucional, da cultura e, até mesmo, da história, pois sem levar em consideração esses elementos, a importação de ideias constitucionais será insuficiente para identificar problemas e mais ainda para propor soluções.

Em razão disso, a análise dos citados países passa pela necessária de abordagem desses elementos. As diferenciações precisam ser apontadas e as similitudes separadas para confronto. Embora existam problemas semelhantes, a maneira como ele ocorre varia segundo as diferenças, que são particulares de cada realidade. Isso não impossibilita a adoção do método, apenas serve para regular o enquadramento.

Acerca do escopo da pesquisa, adota-se o grau de amostragem denominado *small-N*<sup>6</sup>, haja vista a escolha de três países como objeto de análise para fins de diagnóstico do problema de pesquisa. Nessa temática, é inviável apresentar conclusões universais em razão do grau de sofisticação que se exige para pesquisas *large-N*.

A escolha desses países como parâmetros de comparação deu-se em razão de estudos anteriores os haverem mapeado e apontado uma erosão democrática oriunda de atos que se encontram nas regras do jogo constitucional; cada um deles, dentro de suas particularidades e com grau próprio de comprometimento. Observa-se que o fenômeno se manifesta de maneira mais influente na Venezuela, que já deixou de ser uma democracia e se apresenta em um nível elevado na Hungria, embora a Polônia já esteja muito próxima desse patamar. Nos três casos,

---

<sup>5</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*. 53 *UC Davis Law* 1313, 2020, FSU College of Law, p. 1.336.

<sup>6</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 230. Pesquisas *small-N* não pretendem gerar conclusões universais, que sirvam como regra aplicada a todos os contextos, senão limita-se àqueles pequenos casos colocados sob a lente da pesquisa que os restringe. Nas palavras de Hirschl: “I further discuss a few basic principles of case selection that may be employed in inference-oriented small-N studies in the field of comparative constitutional studies: (i) the “most similar cases” principle; (ii) the “most different cases” principle; (iii) the “prototypical cases” principle; (iv) the “most difficult case” principle; and (v) the “outlier cases” principle.”

foram adotadas estratégias de empacotamento das supremas cortes, mas com variações de método que trouxeram sucesso ao movimento. Entender esses passos é fundamental para a análise do último capítulo, em que se observarão os riscos institucionais no Brasil.

No terceiro capítulo, aborda-se o contexto brasileiro, tomando-se por base os elementos colhidos nos capítulos anteriores. O diagnóstico estará respaldado na observação de três elementos: 1) o histórico constitucional do Supremo Tribunal Federal, de modo a se identificarem os ataques institucionais sofridos pela instituição desde o início da República e como eles serviram para o amadurecimento do órgão, apto a construir um constitucionalismo próprio em razão dessas experiências. Elementos históricos são essenciais ao presente trabalho, na medida em que obter conhecimento por meio de fatos pretéritos é constitutivo de uma democracia forjada a partir, também, dos erros do passado; 2) a análise do *design* constitucional do Supremo, especialmente no que concerne a suas competências e prerrogativas, desenvolvidas sob o arranjo do constituinte de 1988. Esse desenho institucional precisa ser comparado às atribuições dos demais Poderes, já que o sistema de freios e contrapesos exige moderação e limitação entre os órgãos que constituem os fundamentos do Estado Democrático de Direito; 3) a necessidade de se compreender as indicações para o Supremo Tribunal Federal como atos complexos, não só no sentido atribuído pelo direito administrativo, mas como fator político puro, parte de um jogo democrático. Esse jogo limita o presidente em suas opções e se desdobra em várias possibilidades, a depender do movimento político e do grau de capacidade de coalisão, principalmente ante as necessidades de negociação com muitos dos segmentos. O Brasil possui particularidades que não podem ser explicadas apenas por teorias normativas, sob pena de se deixar de fora características fundamentais. Assim, em algum nível, necessita-se de elementos de ciência política.

De qualquer modo, é importante observar que a democracia, nos dias de hoje, está sujeita a riscos mais sofisticados do que no passado. A preocupação atual não é que o ruído das armas impeça o tribunal de ouvir a voz das leis, em analogia à declaração do ministro Luiz Galotti, ao assumir a presidência do Supremo, em 1966; a preocupação é que o Judiciário se torne instrumento do processo de recessão democrática.

Atualmente, a caneta tem mais força que as armas, e essa advertência pode ser encontrada, inclusive, na literatura. Em o Conde de Monte-Cristo, Alexandre Dumas transmite essa preocupação por meio das palavras do personagem Caderousse, para quem:

“Sempre tive mais medo de uma pena, de um tinteiro e de uma folha de papel do que de uma espada ou de uma pistola”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> “Quando penso - comentou Caderousse, deixando cair a mão em cima do papel - que há aqui com que matar um homem mais seguramente do que se o esperassem no recanto de um bosque para o assassinar!... Sempre tive mais medo de uma pena, dum tinteiro e de uma folha de papel do que de uma espada ou de uma pistola”. DUMAS, Alexandre. *O Conde de Monte-Cristo*. Martin Claret, 2020, p. 25.

## Capítulo Primeiro

### OS LIMITES ENTRE O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E O JOGO DURO CONSTITUCIONAL

#### 1.1. O Poder Judiciário como um problema a ser resolvido

Imaginemos um presidente recém-eleito em eleições justas e livres, com uma plataforma política diferente da de seu antecessor, cujo partido elegeu os últimos três presidentes do país. Nesse mesmo período, o partido de oposição realizou todas as nomeações para o cargo de ministros da Suprema Corte que vagaram nos últimos doze anos. Com um mandato de quatro anos, esse político precisa realizar sua agenda em um tempo exíguo para que seu eleitor não se desiluda e conclua que ele é apenas mais um com promessas que não serão realizadas.

Ao iniciar seu mandato, o novo presidente logo descobre uma Suprema Corte hostil à sua visão política, principalmente por sua composição ser oriunda de indicações do partido de oposição. Com um poderoso veto *player*, sua plataforma corre sérios riscos de não se concretizar. Em razão dessa realidade, ele logo conclui que seu sucesso político depende de tornar a Corte mais favorável a seu partido. Ao consultar seus conselheiros, algumas sugestões são indicadas: emendar a Constituição para modificar a jurisdição da Corte; criar outra instituição que absorva a competência da atual; aumentar o número de juízes como possibilidade de expandir o tamanho do órgão; reduzir a idade de aposentadoria para antecipar a saída de antigos magistrados ou, até mesmo, elevar a idade para manter na composição alguém que seja mais próximo de sua ideologia. Nenhuma dessas possibilidades são constitucionalmente vedadas, muito embora não sejam medidas populares.

O relato acima refere-se a Franklin Delano Roosevelt<sup>8</sup>, mas poderia ser a história de Jair Messias Bolsonaro<sup>9</sup> ou de Viktor Orbán<sup>10</sup>, só para nominar uma pequena parte de líderes que encontraram um Poder Judiciário que se colocou contra suas pretensões políticas.

É comum que novos governantes, ao assumirem a chefia da Nação, encontrem um Poder Judiciário simpático aos governos anteriores, principalmente quando nomeados por

---

<sup>8</sup> Franklin Delano Roosevelt, conhecido como FDR, foi o 32º presidente dos Estados Unidos por três mandatos, sendo eleito para um quarto, porém faleceu antes. Até hoje é o presidente que mais tempo ficou no cargo.

<sup>9</sup> Foi presidente do Brasil durante os anos de 2019 a 2022 após um período de quatorze anos de governo do Partido dos Trabalhadores, sendo que os dois anos anteriores o então vice-presidente chefiou o Poder Executivo.

<sup>10</sup> Primeiro-ministro da Hungria desde o ano de 2010, mas exerceu o cargo, também, durante os anos de 1998 a 2002.

políticos desse espectro. A partir daí, surge o receio de que sua plataforma de governo seja declarada inconstitucional, o que é capaz de gerar uma série de problemas, mas, principalmente, o enfraquecimento da agenda política. Como o Judiciário pode funcionar como um *player* por meio do exercício do poder de veto, sua participação é considerada no cálculo político do partido. Reformas são necessárias para se alcançarem os objetivos da agenda e mesmo o partido de governo sendo a maioria dos membros do Poder Legislativo, a plataforma pode ser objeto de contestação pela oposição, principalmente por meio de questionamentos no Poder Judiciário. É natural buscar maneiras de se esquivar de instituições que, eventualmente, possam atrapalhar os planos de governo.

Algumas das estratégias para se evitar que o Judiciário possa interferir no desenvolvimento da promoção das políticas públicas foram sugeridas ao presidente da narrativa. Mas elas não seriam contrárias ao ideal do constitucionalismo? Seria legítimo os governantes adotarem medidas, mesmo que legislativas, para trazer o Poder Judiciário para seu lado, em especial as Supremas Cortes, responsáveis pelo controle de constitucionalidade das leis? Estaríamos diante de uma forma de autoritarismo?

A resposta para esses questionamentos não é fácil e demanda aprofundamento em questões que são sensíveis ao próprio constitucionalismo. No entanto, é difícil imaginar que um presidente como Roosevelt possa ser classificado como autoritário ou antidemocrático. O descontentamento quanto ao resultado de uma decisão judicial, principalmente por parte do derrotado no litígio, é característico, e não é diferente também em instâncias mais altas, como as de nível político, ainda mais se houver interferência de um Poder nos atos dos demais. Como a política divide a sociedade, é natural que vencedores concordem com a decisão e que derrotados a critiquem.

O balanço ideológico das críticas ao exercício da jurisdição constitucional varia conforme a posição também ideológica dos tribunais, não significando que as Cortes adotem a ideologia de determinado espectro político. Pela própria natureza da decisão judicial, é evidente que o resultado tenda para algum lado, sem que isso represente uma orientação política.

Na década de 30, nos Estados Unidos, muitas críticas foram direcionadas à Suprema Corte pelo fato de ela decidir com base em uma posição conservadora, ao limitar a atuação do Estado na economia, supostamente em desfavor de grupos mais fracos. Essa circunstância ensejou atritos entre o presidente norte-americano Franklin Roosevelt e a Corte, devido à invalidação de diversas normas aprovadas em seu governo. O objetivo dessas normas era proteger os trabalhadores e regular a economia durante a crise que se instalou naquele

período. A discordância chegou a ponto de o presidente, em 1937, propor uma medida legislativa para alterar o tamanho da Corte, com a indicação de um novo *justice* para cada juiz do tribunal que completasse 70 anos e não se aposentasse<sup>11</sup>. Essa proposta ficou conhecida como *Court Packing Plan*.

Embora a mudança legislativa não tenha vingado, sua proposição foi suficiente para que houvesse uma alteração na jurisprudência da referida Corte, no sentido de aceitar maior intervenção estatal na economia. Quando deu início àquela proposta, o presidente Roosevelt declarou:

Desde que surgiu o movimento moderno de progresso social e econômico através da legislação, a Corte tem cada vez com mais frequência e ousadia, se valido do seu poder de vetar leis aprovadas pelo Congresso ou pelos legislativos estaduais (...). Nos últimos quatro anos, a boa regra de conceder-se às leis o benefício da dúvida razoável vem sendo posta de lado (...). A Corte, para além do uso apropriado das suas funções judiciais tem se colocado impropriamente como uma terceira casa do Congresso – um superlegislativo (...). Nós chegamos a um ponto em que a Nação deve tomar uma atitude para salvar a Constituição da Corte, e para salvar a Corte de si mesma<sup>12</sup>.

Sua intenção era conquistar a maioria da Corte por meio de indicações de juízes, para evitar que seu programa político não fosse cumprido. Se a Suprema Corte tendesse a seus planos, a chance de sua implementação ocorrer seria aumentada drasticamente. Denominado de *court-packing* (empacotamento de cortes), a estratégia constitui, basicamente, na possibilidade de indicações de pessoas com afinidade com a autoridade indicante para ocupar cargos no Poder Judiciário, principalmente nas Supremas Cortes. A denominação pode ser extraída da intenção de influenciar determinado tribunal com a criação de uma nova maioria, em razão de mudança de composição que pode se materializar de forma quantitativa, por meio da redução ou do aumento de seus membros, ou de maneira qualitativa, quando ocorre mera substituição de um juiz por outro, sem que se altere a estrutura da composição do órgão<sup>13</sup>.

O poder de realizar indicações faz parte do *design* constitucional da maioria dos países, e as Constituições não apresentam balizas específicas para individualizar o indicado, bem como inexistente qualquer código de ética que vincule a autoridade indicante a uma determinada forma de escolha. Então, não haveria qualquer problema se determinado presidente, por exemplo, preenchesse toda Suprema Corte com pessoas que lhe fossem próximas? Como foi dito, a questão não é tão simples assim. Em uma análise jurídica

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos, Democracia e República: Escritos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 29.

<sup>12</sup> MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. *American Constitutional Interpretation*. Tradução por Daniel Sarmiento. New York: The Foundation Press, 1995, p. 320-321.

<sup>13</sup> KOSAR, David; SIPULOVA, Katarina. How to Fight Court-Packing? *Constitutional Studies*, v. 6, n. 1, 2020, p. 135.

superficial, em princípio, a impressão é de que isso seria possível, desde que observada a literalidade dos critérios previstos para as indicações.

Porém, hodiernamente, a interpretação das normas constitucionais não se limita a uma simples subsunção ao texto, especialmente pela incorporação de princípios e a exigência de um novo arcabouço hermenêutico que surgiu no período pós-Segunda Guerra. Antes desse marco, prevalecia a ideia de que a Constituição não passava de um documento eminentemente político, despido de qualquer grau de normatividade, servindo de mera manifestação para inspirar o legislador<sup>14</sup>. Ao Poder Judiciário, restaria a função de aplicar a legislação ao caso concreto. Essa circunstância se deve, em maior grau, à concepção de que o Poder Legislativo encarnava a vontade do povo e seria o único responsável pela criação do Direito. Até então, vigorava o que poderia ser denominado de Estado Legislativo de Direito, com império da centralidade da lei e da supremacia do parlamento<sup>15</sup>. Até a segunda metade do século XX, a maioria dos países não adotava mecanismos de controle de constitucionalidade das leis por considerá-lo antidemocrático e pelo receio de se instituir um “governo de juízes”. E em países que possuíam algum mecanismo de controle, sua função era tímida<sup>16</sup>.

Esse quadro começou a ser alterado no final de 2ª Guerra Mundial<sup>17</sup>, com as graves violações de direitos humanos praticadas pelo nazismo, o que demonstrou a importância da adoção de mecanismos para garantir direitos e limitar o poder absoluto da maioria<sup>18</sup>. A Lei Fundamental Alemã de 1949, considerada um marco do novo constitucionalismo global, criou o Tribunal Constitucional Federal e diversos mecanismos de controle de constitucionalidade. Antes, em 1947, a Itália apostou na jurisdição constitucional e instituiu uma Corte Constitucional. Mesmo a França, que historicamente sempre demonstrou aversão ao controle judicial, desenvolveu um modelo inicial apenas preventivo, a ser exercido por um Conselho Constitucional. Seguindo essa tendência, Portugal e Espanha, após deixarem regimes autoritários, adotaram modelos de jurisdição constitucional<sup>19</sup>. Os anos 80 e 90 foram marcados pelo fim de regimes ditatoriais em países da América Latina, África do Sul (em especial pelo fim do *apartheid*) e até mesmo pela derrocada da União Soviética.

---

<sup>14</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1993, p. 52-96.

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto. *A Judicialização da Vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 43.

<sup>16</sup> LAMBERT, Eduard. *Le Gouvernement de Juges*. Paris: Dalloz, 2005, p. 9.

<sup>17</sup> Mario Losano denomina esse fenômeno de direito pós-bélico. Ver: LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*, v.2, 2008, p.185.

<sup>18</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos, Democracia e República: Escritos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 24.

Mesmo fora do continente europeu, houve a instituição de sistemas de controle de constitucionalidade, com base no ideal da criação de Cortes Constitucionais. No período de descolonização de países asiáticos e africanos, a promulgação de novas constituições teve como característica a previsão de um catálogo de direitos e a instituição da jurisdição constitucional, que atuaria, também, para proteger os direitos fundamentais do cidadão<sup>20</sup>.

Dessa forma, adotou-se uma tendência global do modelo norte-americano de constitucionalismo, que tem na jurisdição constitucional um de seus principais pilares. Porém, havia uma diferença significativa, haja vista que a maior parte das novas constituições não se limitou a prever, em seu texto, a organização do Estado e suas competências. Elas foram além, com previsões mais ambiciosas, adotando catálogo de direitos individuais e sociais, bem como normas programáticas que vinculavam as políticas públicas<sup>21</sup>.

Esse novo modelo, então chamado de Estado Constitucional de Direito, passou a vigorar a partir da centralidade da Constituição e da supremacia judicial, que era exercida em duas formas de atuação: aplicação direta da Constituição ao caso concreto e aplicação indireta, quando a norma constitucional é utilizada como parâmetro para aferir a validade de um dispositivo infraconstitucional, em típico controle de constitucionalidade<sup>22</sup>.

Em razão dessa interpretação é que surge a dificuldade em responder a referida pergunta: haveria problema se determinado presidente preenchesse toda Suprema Corte com pessoas que lhe fosse próximas? Afinal os atos praticados pelos representantes do povo precisam guardar compatibilidade não apenas com o texto escrito do documento constitucional, mas também com o próprio constitucionalismo. Se observamos o grau de generalidade e de abstração do conceito de constitucionalismo, dificilmente teremos uma resposta pronta e essa circunstância gera mais uma barreira na busca da resposta.

## 1.2 A definição de Constitucionalismo

Conceituar constitucionalismo não é tarefa fácil, principalmente em razão dos desacordos e da grande variedade de opiniões que existem acerca de seu conteúdo. Inicialmente concebido como a ideia de limitação do poder do Estado em favor da liberdade individual<sup>23</sup>, seu conceito foi alargado para suportar elementos sujeitos a grandes variações.

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 25.

<sup>21</sup> Ibid., p. 25.

<sup>22</sup> BARROSO, op. cit., p.43.

<sup>23</sup> Conforme consta na enciclopédia de filosofia de Stanford: “*Constitutionalism is the idea, often associated with the political theories of John Locke and the founders of the American republic, that government can and should be legally limited in its powers, and that its authority or legitimacy depends on its observing these limitations.*”. Ver: WALUCHOW, Wil. Constitutionalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em:

Diante disso, para fins do presente trabalho, será adotada a posição de Mark Tushnet e Bojan Bugaric, e o ponto de partida será o que denominam de “constitucionalismo fino”<sup>24</sup>. Isso porque seu conceito abrange elementos comuns às demais formas de constitucionalismo, contendo os requisitos mínimos necessários a satisfazer o ideal, sem possibilidade de entrar em choque com elementos de uma versão mais “grossa”, cujas exigências podem ser contestadas ou consideradas não essenciais. Mesmo assim, a versão “fina” não se restringe à simples limitação de poder, especialmente pelo fato de que a proteção de direitos é uma atividade proativa do Estado e é necessária à sua concretização<sup>25</sup>.

A esse conceito, será acrescida a exigência de que sejam preenchidos quatro requisitos para se presumir que o ideal do constitucionalismo seja obedecido: i) observância da regra da maioria; ii) quórum mais rígido para alterações que envolvam questões políticas delicadas, como direitos fundamentais e estrutura de órgãos típicos de Estado; iii) um sistema que organize políticos e seus partidos; iv) Poder Judiciário independente do controle político.

Relativamente ao primeiro requisito, observar a regra da maioria constitui elemento essencial, pois envolve o *minimum core* do que se deseja para um Estado Democrático. Afinal, determinada política somente será adotada se contar com o apoio da maioria dos votos. Não podemos esquecer que se trata de uma regra que comporta exceções, haja vista que algumas políticas públicas abrangem direitos que não são sindicáveis, mesmo com desejo majoritário em sentido contrário, ou seja, a regra da maioria não constitui uma previsão ilimitada. Quanto ao segundo requisito, derivado do anterior, pressupõe que a escolha dos representantes se dê por meio de eleições livres e justas. Assim, certo grau de institucionalismo é necessário para que seja garantida a intermediação entre representantes e representados, o que justifica a participação de políticos e dos respectivos partidos. Determinados direitos constituem fundamentos do Estado Democrático de Direito e, em razão disso, merecem um tratamento especial, já que uma simples regra de maioria pode colocá-los em risco. Dessa forma, o constitucionalismo exige que alterações sobre esses direitos devam ocorrer mediante *quórum* especial, mais restritos ou, até mesmo, ser imutáveis.

Essa versão do constitucionalismo reclama uma interpretação das normas jurídicas que seja independente de interferências do Legislativo e do Executivo. Não que a presença de uma Corte Constitucional seja elemento indispensável, pois muitos países não adotam a noção de supremacia judicial, mas sim, a existência de um órgão judicante que tenha a atribuição de

---

<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/constitutionalism/>. Acesso em 31/03/2023.

<sup>24</sup> TUSHNET, Mark; BUGARIC, Bojan. *Power to the People*. Oxford University Press. Edição do Kindle, p. 10.

<sup>25</sup> LOUGHLIN, Martin. *The Foundations of Public Law*. Oxford University Press. Edição do Kindle. 2010, p. 342.

resolver contendas. Também não parece ser incompatível com o constitucionalismo a presença de mecanismos que exijam *accountability* do Judiciário, inclusive dispositivos que permitam sua remoção em caso de malversação.

### 1.3 Independência judicial e a regra da maioria

O constitucionalismo é peça-chave na manutenção do Estado Democrático de Direito, e sua observância é fundamental para a proteção do Estado frente a ameaças autoritárias. No entanto, como é possível compatibilizar dois requisitos essenciais que, aparentemente, são contrários entre si? Não haveria certa divergência entre a independência do Poder Judiciário e a regra da maioria? Se hoje as Cortes Constitucionais têm como função precípua o controle de normas aprovadas pelo parlamento, não é paradoxal que o constitucionalismo exija independência judicial e observância da regra da maioria?

Essa questão foi objeto de debate no início da federação norte-americana, quando o conceito de constitucionalismo ainda era desconhecido, mas havia uma certa preocupação com o modelo a ser adotado.

O Judiciário tem o papel de interpretar a Constituição e as leis do país, de proteger as liberdades individuais e de garantir a igualdade perante a lei. De acordo com o *federalist papers*<sup>26</sup>, o Poder Judiciário também é visto como o guardião da Constituição, com a responsabilidade de protegê-la contra atos de outros Poderes que possam violá-la. Além disso, é a instituição fundamental para resolver conflitos entre indivíduos e entre Estado e cidadãos.

Em sua arquitetura inicial, Alexander Hamilton afirmou que, em um governo adstrito à separação de Poderes, o Judiciário seria o menos perigoso e com menor capacidade de violar os direitos políticos da Constituição<sup>27</sup>. Ao escrever sobre o Poder Judiciário, no artigo n. 78, *Publius* (pseudônimo de Hamilton) atribuiu essa condição ao fato de o Executivo ter acesso às espadas da comunidade e de o Legislativo controlar seu cofre. Já o Judiciário não teria nenhum controle sobre forças ou riquezas, o que o impediria de qualquer ação ativa<sup>28</sup>. Ausentes essas características, caberia a ele, exclusivamente, a atribuição de julgar, mas a

<sup>26</sup> Os artigos federalistas são uma coletânea de 85 artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, inicialmente no “*Independent Journal*”, de Nova York, que defendem a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América em 1787/1788. Eles argumentam a favor da criação de um governo forte e centralizado. Exploram, também, questões como a separação de poderes, a democracia representativa e a importância de uma Constituição escrita. Esses escritos são considerados importantes para a compreensão da teoria política da Constituição dos Estados Unidos.

<sup>27</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 405-411.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 406.

eficácia de suas decisões dependeria de auxílio do Executivo. Esse entendimento se fundava nos ensinamentos de Montesquieu, que tinha o Judiciário como algo próximo do nada<sup>29</sup>.

Hamilton se preocupava com a interferência dos demais Poderes no Poder Judiciário, o que justificou sua posição pela necessidade de capacitá-lo para evitar ataques. Embora fosse uma hipótese remota, reconhecia que eventual opressão individual por parte de algum tribunal seria evitada pela liberdade geral do povo, ou seja, a liberdade nada teria a temer do Judiciário, desde que ele atuasse isoladamente. Isso porque ele estaria continuamente exposto à dominação dos demais Poderes, o que resultaria na quebra de sua independência<sup>30</sup>.

No entanto, mesmo representando o Poder “mais fraco”, foi reconhecido a ele não apenas a função de interpretar as leis, mas, também, a possibilidade de julgar a compatibilidade entre as leis ou decretos ante a Constituição Federal. Hamilton entendia que a Constituição norte-americana seria “limitada”, de modo que o Poder Legislativo não poderia ir contra o povo que lhe outorgou o mandato. Assim, o legislador não poderia, por exemplo, editar uma lei que revogasse os direitos civis. Nesses casos, os tribunais teriam a capacidade declarar nulo os atos dos demais poderes<sup>31</sup>. Nas palavras de Hamilton,

Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato do legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isso seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados pode fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem. (HAMILTON; JAY; MADSON, 2021, p. 408).

Pode chamar a atenção o fato de, antes mesmo da célebre decisão de *Marbury v. Madison*<sup>32</sup>, já ser cogitada a possibilidade de o Poder Judiciário realizar a análise de compatibilidade entre as leis e a constituição. Isso porque geralmente há confusão quanto à origem do exercício do controle de constitucionalidade das leis, atribuída ao precedente do caso *Marbury*, seu ponto de partida. Mas como se percebe, antes mesmo da ratificação da Constituição norte-americana já existiam defensores dessa possibilidade. A contribuição de John Marshall foi suprir uma “lacuna” da Convenção da Filadélfia, quando elaborou o texto que deu origem à Constituição dos Estados Unidos da América<sup>33</sup>. Isso, diante da ausência de previsão expressa sobre a possibilidade do exercício da *judicial review*, embora os delegados

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 165-196.

<sup>30</sup> HAMILTON; JAY; MADISON, op.cit., p. 407.

<sup>31</sup> Ibid., p. 407-408.

<sup>32</sup> A decisão do caso *Marbury v. Madison* foi proferida em 1803 e a ratificação da Constituição norte-americana ocorreu em 1788.

<sup>33</sup> SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2019, p. 92.

da Convenção soubessem que a Suprema Corte de diversos Estados realizava o controle de compatibilidade entre leis e constituições estaduais<sup>3435</sup>. Dessa forma, *Marbury v. Madison* não foi, sequer, a primeira decisão judicial que exerceu o controle de constitucionalidade em solo norte-americano.

A confusão é tamanha que em relato do historiador da Suprema Corte Bernard Schwartz, foi mencionado que, em 1974, o então *chief justice*<sup>36</sup> Warren Burger repassou aos demais *justices* uma minuta de voto. Nessa minuta, em determinada passagem, há a seguinte afirmação: *the power of judicial review first announced by this Court under the authority of Article III in Marbury*<sup>37</sup>. Alguns dias depois, o *justice* Byron White teria endereçado um texto a Warren Burger, ressaltando a importância do precedente, mas que em sua compreensão, a própria Constituição, de plano, já assegurava o controle de constitucionalidade. Por isso, ele sempre se assustava quando alguém afirmava que essa prerrogativa fora criada pela Corte ao julgar *Marbury v. Madison*<sup>38</sup>.

Ainda sobre a interpretação do texto constitucional, os artigos federalistas sustentavam que essa seria uma atribuição específica dos tribunais, haja vista que o corpo legislativo não poderia ser o juiz constitucional dos próprios poderes. Seria necessário que um terceiro analisasse a compatibilidade dos atos parlamentares em face da vontade do povo, emanada por meio da Constituição. Mais adiante, desenvolveu-se a suposição de que o Judiciário foi concebido como um intermediário entre povo e Legislativo, com o objetivo de fiscalizar se a atuação desse estaria dentro dos próprios limites. Em resumo, caberia ao Poder Judiciário defender a Constituição em detrimento do estatuto e da intenção do povo em face da vontade de seus agentes. Nesse sentido, como o Judiciário pode ser considerado o mais fraco dos Poderes e, mesmo assim, ter capacidade para anular um estatuto legislativo? Hamilton justifica que não existiria superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, deixando claro que o poder do povo é superior a ambos. Assim, caso a vontade do Legislativo

---

<sup>34</sup> GREENHOUSE, Linda. *The U.S Supreme Court*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012, p. 14. Em 1780 a Corte Judicial Suprema de Massachusetts declarou a inconstitucionalidade da escravidão. Supremas Cortes da Virgínia, Carolina do Norte, Nova Jersey, Nova Iorque, Rhode Island também exerceram o controle de constitucionalidade em período anterior à promulgação da constituição.

<sup>35</sup> Mesmo no caso de *judicial review* em âmbito estadual, seu conceito era ambíguo. Como relata Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi (p. 153), ao julgar o caso *Rutgers v. Waddington*, o *Chief Justice* James Duane, do Estado de Nova York, defendeu a supremacia do parlamento e ressaltou que o papel do Judiciário seria limitado a restaurar a intenção original do legislador, para evitar injustiça no caso concreto.

<sup>36</sup> *Chief Justice* é a denominação atribuída ao chefe da Suprema Corte dos Estados Unidos. É uma figura semelhante ao presidente do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

<sup>37</sup> Em tradução livre: o exercício do controle de constitucionalidade realizado pela primeira vez por este Tribunal sob a autoridade do Artigo III em *Marbury*.

<sup>38</sup> SCHWARTZ, Bernard. *The unpublished opinions of the Burger Court*. New York: Oxford University Press, 1988, p. 279.

se oponha à vontade do povo, expressa na Constituição, os juízes deveriam ser governados por essa e não pelo primeiro<sup>39</sup>.

Sobre a busca do significado do texto constitucional foi afirmado:

A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. (HAMILTON e al., 2021, p. 408).

Isso não significa que os juízes podem substituir a vontade do legislador pela sua, sob pena de deixar de lado o ato de julgar pelo exercício da vontade, o que levaria a substituição de todo corpo legislativo. O ato de julgar é técnico. Por isso, somente poderia ser exercido por um número pequeno de pessoas preparadas para esse fim.

Dessa maneira, é possível perceber que mesmo antes da aprovação da Constituição dos Estados Unidos, já se pensava que a interpretação constitucional seria submetida a uma espécie de supremacia judicial<sup>40</sup>. Essa circunstância, em nenhuma medida, retira a importância histórica que John Marshall possui. O que não pode é confundir a origem da *judicial review* com o precedente de *Marbury*. A expansão da jurisdição constitucional não seria um fenômeno moderno sem essa decisão. Porém, não apenas ela, mas outros julgamentos da Suprema Corte foram fundamentais para a consolidação do Judiciário como efetivo Poder. Isso porque o prestígio inicial da Corte era diminuto. Antes mesmo de John Marshall ser nomeado *Chief Justice*, um dos autores de “O Federalista”, John Jay, exerceu o cargo, renunciando para ser candidato ao governo de Nova York. No mesmo período, também ocorreu a renúncia de John Rutledge, que preferiu ser presidente da Corte de Apelação do Estado da Carolina do Norte<sup>41</sup>. A nomeação de Marshall somente sobreveio após a renúncia de Oliver Ellsworth e devido à recusa de John Jay para retornar ao antigo cargo.

Atualmente, seria inconcebível uma renúncia ao cargo de presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nessa linha, Felix Frankfurter afirmou que somente um “louco” renunciaria ao cargo para concorrer ao cargo de governador (*since Marshall’s time only a mad man would resign the chief justiceship to become governor*)<sup>42</sup>. Apesar de não se discordar da opinião do justice Frankfurter, deve-se lembrar que no início da federação norte-

<sup>39</sup> HAMILTON; JAY; MADISON, op.cit., p. 408.

<sup>40</sup> KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism And Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004. Desde o julgamento do precedente *Cooper vs. Aaron* a Suprema Corte afirma possui a “última palavra” sobre interpretação constitucional, o que pode ser resumido como atributo da “supremacia judicial”. É importante consignar que existem autores como Larry Kramer que defendem a ideia de um constitucionalismo popular, e até contestam supremacia judicial na interpretação das normas constitucionais.

<sup>41</sup> SOUTO, op. cit., p.5.

<sup>42</sup> SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 16.

americana os juízes da Suprema Corte também exerciam a função de juízes de cortes inferiores, sendo necessário realizar longas viagens para participarem dos julgamentos (essa circunstância só modificou com o *Judiciary Act* de 1801). Ademais, somente em 1935 a Suprema Corte passaria a ter sede própria, ocasião em que o *Chief Justice* era William Taft<sup>43</sup>.

Na década de 60, Alexander Bickel desenvolveu a ideia de que a possibilidade das instâncias judiciais se sobreporem à dos agentes políticos geraria uma “dificuldade contramajoritária”<sup>44</sup>. Em suas palavras,

A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela, (...) O controle de constitucionalidade, não entando, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial<sup>45</sup>.

Existiria aí uma contradição, na medida em que a vontade popular seria afastada. Afinal, o ato dos representantes eleitos poderia ser anulado por membros de um tribunal, composto por agentes públicos não eleitos. O pensamento de Bickel se deu em um período marcado pela atuação proativa da Suprema Corte norte-americana, em especial sobre o direito das pessoas negras. Sua análise centrou-se no papel decisivo que a Suprema Corte desempenhou em termos de mudança social profunda, ao julgar diversos casos<sup>46</sup>. A ideia da dificuldade contramajoritária reside na observação de que, ao proceder com o controle de constitucionalidade, a Corte não adota elementos meramente interpretativos. Esse é o ponto inovador da conclusão de Bickel, que identifica virtudes políticas<sup>47</sup>. Para ele, isso não é necessariamente ruim; seria até vantajoso, pois não é possível uma total separação entre direito e política. Porém, ressalta que o uso da prudência seria elemento chave para as virtudes passivas da Corte<sup>48</sup>. Isso porque, para esse autor, o Judiciário somente poderia agir quando já esgotados todos os canais de interlocução dos canais ordinários de representação<sup>49</sup>.

A dificuldade de conciliação entre jurisdição constitucional e democracia é a mesma que há entre democracia e constitucionalismo. Isso porque não se pode adotar um conceito

---

<sup>43</sup> PRINGLE, Henry F. *The Life and Time of William Howard Taft: A Biography*, New York: American Political Biography Press, 1998. William Howard Taft, além de Chief Justice, também exerceu os cargos de Presidente dos Estados Unidos, Solicitor General e Governador-Geral das Filipinas.

<sup>44</sup> BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, Bobbs Merrill, 1962, p. 51.

<sup>45</sup> BICKEL, apud BARROSO, Luís Roberto, 2018, p. 51.

<sup>46</sup> BICKEL, op. cit., p. 16.

<sup>47</sup> Ibid., p. 132-133. Ver também: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109.

<sup>48</sup> Ibid., p. 187-242.

<sup>49</sup> Ibid., p. 239-243.

que seja puramente formal, sob pena de se minarem os direitos das minorias, circunstância necessária ao Estado Democrático. Não por outro motivo, os Estados passaram a adotar um catálogo de direitos fundamentais que constitui amarras não estão sujeitas à inobservância por governos de ocasião.

Como afirmado por Dieter Grimm, democracia não significa que o povo governa a si mesmo. Ele explica:

Quanto maior e mais complexa for a sociedade, mais necessária será a existência de um sistema independente especializado em assuntos políticos. As funções governamentais são então confiadas a órgãos e funcionários especializados. Mas esses órgãos e funcionários derivam seu poder do povo e o exercem em nome dele, aos quais eles ainda são responsáveis. Portanto, a constituição é o melhor meio para garantir que o governo dependa do povo. A constituição é uma expressão direta da vontade popular, ou pelo menos atribuível a ela. Na constituição, o povo estabelece os princípios e a forma segundo os quais a autoridade pública será exercida. Para alcançar esse objetivo, a constituição é dotada de força legal vinculante e, uma vez que regula a elaboração e a execução do direito pelos diversos órgãos estatais, é superior a qualquer outra norma. Assim, a constituição funciona como base e estrutura para o poder legítimo. A função explícita da constituição é a submissão dos governantes às condições estabelecidas pelo povo. Portanto, permite distinguir entre reivindicações de poder legítimas e ilegítimas. A constituição responde à pergunta se uma pessoa ou grupo de pessoas pode afirmar legitimamente que está agindo em nome do povo e se um determinado ato é vinculante ou não para o povo.<sup>50</sup>

Em razão desses elementos é possível concluir que a incompatibilidade entre independência judicial e a regra da maioria seria, meramente, aparente.

#### 1.4 A expansão do Poder Judiciário e o constitucionalismo abusivo

Se independência judicial e regra da maioria podem conviver no mesmo sistema jurídico sem gerar incompatibilidades, em que medida o *court-packing* seria um problema? O próprio sistema de indicação de membros satisfaz o princípio da separação de Poderes, haja vista que os *designs* constitucionais, geralmente, exigem a participação de outros Poderes na escolha dos candidatos.

Nos Estados Unidos o presidente faz a indicação do nome, e o possível *justice* é sabatinado pelo Senado, que o confirmará por meio de votação simplesmente majoritária, conforme artigo II, seção 2, Cláusula 2 da Constituição dos Estados Unidos, conhecida como Cláusula de Nomeações<sup>51</sup>. No Brasil, o modo de nomeações é previsto pelo art. 101 e seu parágrafo único, da Constituição Federal, que determina uma composição de onze ministros,

<sup>50</sup> GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo, Pasado, Presente Y Futuro*. Serie Intermedia de Filosofía y Teoría Jurídica N. 29. Bogotá: Universidad Externado, 2020, p. 263. Edição do Kindle.

<sup>51</sup> Literalidade do dispositivo: “(...) and [the President] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments”.

escolhidos pelo presidente da República, entre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e de reputação ilibada, e aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal.

Esse procedimento de características democráticas importa na análise pelo Executivo e pelo Legislativo das qualidades que o candidato possui para ocupar o cargo no Judiciário, em especial na Suprema Corte. Dessa maneira, como o *design* é voltado para garantir a separação de Poderes e submeter o Judiciário a *accountability* dos demais Poderes, seria difícil imaginar algum grau antidemocrático em sua realização.

Ocorre que atualmente, como bem observam Levitsky e Ziblatt, existem outras maneiras de se arruinar a democracia, que não aquelas típicas de golpes de Estado. As democracias podem morrer não apenas nas mãos de generais, mas também de líderes eleitos pelo sufrágio e dentro de um processo eleitoral livre e justo<sup>52</sup>. O exercício de atividade antidemocrática passou a ser mais sofisticado e conforme as regras do jogo, sempre com o intuito de camuflar a real intenção que se encontra encoberta pela aparente normalidade.

Quando pensamos em líderes autoritários, à mente vêm nomes como Hitler, Stalin, Mussolini e Saddam Hussein, que utilizavam a vasta estrutura do Estado para perseguir, assassinar, prender e fechar tribunais e legislaturas. Eram regimes repressivos transparentes, visíveis. Contudo, atualmente, estudos estão identificando que práticas autoritárias evoluíram a um novo patamar, no qual as instituições são vistas como meio de exercer autoridade política, camufladas por atos de aparente legitimidade dentro de um contexto democrático, e com a Constituição sendo utilizada como “manual de operação”<sup>53</sup>. E essa circunstância não é diferente com o Poder Judiciário, que se tornou alvo de estratégias que visam ao aparelhamento de instituições democráticas. Importante é destacar que não se trata de uma exclusividade do Judiciário, embora ele seja um agente fundamental para o processo de erosão democrática. Como já observado, o Poder Judiciário funciona como um importante *veto gate* de práticas políticas, sendo seu aparelhamento capaz de reduzir essa função.

Como um vírus que sofre mutações para se adaptar a novos antídotos, líderes autoritários aprenderam a jogar pelas mesmas regras que existem em governos democráticos<sup>54</sup>. Esse é o fenômeno que David Landau denominou de “constitucionalismo

<sup>52</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15.

<sup>53</sup> GINSBURG, Tom; SIMPSEY, Alberto. Introduction. In GINSBURG, TOM; SIMPSEY, Alberto (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Chicago: Cambridge University Press, 2014. p. 1-20.

<sup>54</sup> VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, n. 100, p. 1673-1742, 2015.

abusivo”, ou seja, a utilização de mecanismos de modificação constitucional com o objetivo de tornar o Estado menos democrático<sup>55</sup>.

De acordo com Landau, o constitucionalismo abusivo pode ocorrer no âmbito do Poder Judiciário quando a *judicial review* é usada para atingir objetivos políticos, em vez de garantir que as leis e a Constituição sejam respeitadas. Ele argumenta que isso é particularmente comum na América Latina, onde as elites políticas e econômicas muitas vezes recorrem ao Poder Judicial para obter ganhos políticos e econômicos que não conseguiriam por outros meios. Também afirma que o constitucionalismo abusivo pode ter consequências negativas para a democracia, por exemplo, quando o controle de constitucionalidade é usado de maneira abusiva para limitar a ação do governo democraticamente eleito, o que pode minar a confiança da população na democracia e no Estado de Direito<sup>56</sup>. Além disso, um Poder Judicial usado para promover interesses políticos e econômicos específicos, em vez de defender a Constituição, pode levar à percepção de que o sistema judicial é corrupto e pouco confiável.

Esse fenômeno, evidentemente, é uma consequência da expansão do Poder Judiciário sobre matérias que eram debatidas em outros *locus*, em especial na seara dos Poderes Executivo e Legislativo. É que, por um lado, os horrores praticados pelo regime nazista serviram de alerta para a necessidade de criação de tribunais constitucionais que examinassem a regularidade da lei, não apenas no nível da compatibilidade com o processo legislativo, mas imiscuindo-se em seu conteúdo. Já por outro, essa circunstância direcionou a atenção de líderes para a possibilidade de controle do constitucionalismo judicial como forma de reduzir limitações impostas pela Constituição.

O controle de constitucionalidade foi concebido como instrumento garantidor da supremacia da Constituição, o que, evidentemente, gera preocupações na álea política, pois seu trabalho estaria condicionado à concordância de juízes. Sua expansão foi uma novidade no continente europeu – somente a Suíça, até o século XIX, tinha previsão do exercício da jurisdição constitucional –, no período pós-Guerra, haja vista que os Estados Unidos possuíam um sistema de controle de constitucionalidade já consolidado. Também não se pode deixar de registrar a importância da teorização de Hans Kelsen para a institucionalização do órgão constitucional; afinal, a Constituição Austríaca de 1920 estabeleceu um Tribunal

---

<sup>55</sup> LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. University of California. *Davis Law Review*, v. 47, n. 189, 2013, p. 8. “I define “abusive constitutionalism” as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before”.

<sup>56</sup> Ibid.,p. 44-50.

Constitucional com possibilidade de revisar os atos legislativos<sup>57</sup>. Como observado, nesse período, a Constituição passou a consagrar a principiologia dos direitos fundamentais, não se limitando, apenas, ao processo de elaboração das leis<sup>58</sup>. Assim, o Estado Constitucional de Direito exigia mais do que a mera compatibilidade da lei com o processo legislativo. Era preciso ser compatível, materialmente, com a norma constitucional.

Apesar da relativa novidade na Europa, o sistema de controle de constitucionalidade foi objeto de doutrina por parte de um *chief of justice* da *Court of common pleas* da Inglaterra, Edward Coke<sup>59</sup>, que no julgamento do caso Bonham's<sup>60</sup> afirmou caber aos juízes a defesa da supremacia da *common law* face aos arbítrios do rei e do parlamento<sup>61</sup>. Ao julgar esse caso, Coke desenvolveu a doutrina de que a *common law* seria superior ao Parlamento e, expressamente, atribuiu o poder de controlar os atos parlamentares aos magistrados, que poderiam declará-los nulos se contrariasse o direito comum<sup>62</sup>. Além de julgar esse precedente, Coke passou a contestar a doutrina de Stuart sobre o direito divino dos reis, ao declarar a impossibilidade de se conferirem poderes ilimitados ao soberano, pautado no entendimento de que a Magna Carta de 1215 era o reconhecimento histórico de liberdades que já existiam em período anterior a sua emissão, de modo a servir de fundamento para a defesa dos súditos contra os atos do soberano<sup>63</sup>. Muito embora essa doutrina não tenha vingado em solo inglês, ao fim da Revolução Gloriosa, serviu de inspiração ao sistema norte-americano após a

---

<sup>57</sup> GRIMM, op. cit., p. 260.

<sup>58</sup> DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 52. “Entretanto, ampliou-se consideravelmente o conteúdo do sentido daquela expressão, face à percepção da doutrina que não seria suficiente consagrar os direitos fundamentais do ser humano nas Constituições para que fossem respeitados, sendo necessária a implementação de um coeso e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protegesse e assegurasse a efetividade daqueles direitos, destituídas de qualquer eficácia prática”.

<sup>59</sup> Foi um jurista, escritor e parlamentar inglês que viveu de 1552 a 1634 e ocupou diversos cargos nas principais instituições inglesas. Foi considerado um grande defensor da *common law* e opositor aos arbítrios do rei Jaime I. Ver: PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. História constitucional inglesa e norte-americanas: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: UnB/Finatec, 2008, p. 62.

<sup>60</sup> O caso Bonham (*Bonham's case – The College of Physicians vs. Dr. Thomas Bonham, 1610*) teve como suporte fático a outorga pelo parlamento inglês, mediante ato normativo, do poder de admitir, expulsar, bem como impor penalidades (inclusive se prisão) a quem praticasse indevidamente a medicina ou fizesse mau uso dela, por parte do Colégio de Médicos. Thomas Bonham era médico formado em Cambridge e entendia que por ser graduado em medicina não precisaria solicitar licença ao colégio. Assim, após sofrer sanções, judicializou o caso, que foi decidido a seu favor por maioria de três votos a dois, pelo Tribunal da *common law*. Ao proferir a decisão, Edward Coke afirmou, em sede de *obiter dictum*, que caberia aos juízes examinar a compatibilidade entre as leis aprovadas pelo parlamento e os preceitos jurídicos historicamente consagrados pela *common law*. É interessante observar que a referida decisão desenvolveu a ideia de que a *common law* controla os atos do parlamento, de forma que existiria um direito superior ao parlamento.

<sup>61</sup> ABBOUD, op. cit., p.432.

<sup>62</sup> A passagem foi transcrita por PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato, op. cit., p. 67: “And it appears in our books, that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when ab act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such act to be void.

<sup>63</sup> Ibid.,p. 68-69.

aprovação da Constituição de 1787<sup>64</sup>. Percebe-se que a mudança de paradigma no período pós-guerra é semelhante à doutrina de Coke, apesar de a Magna Carta não ser uma Constituição, tal como se compreende em dias atuais, pois não passa de um compromisso celebrado entre reis e barões<sup>65</sup>.

O pensamento do *Chief Justice* inglês foi utilizado como fundamento para se desenvolver a ideia de supremacia da Constituição, o que justifica a superioridade da lei maior sobre os atos do parlamento. Os fatos que se originaram a partir do período da 2ª Guerra Mundial foram o suporte fático que desencadeou a ressignificação do papel da jurisdição constitucional e do próprio Poder Judiciário.

Essa modificação no sistema de justiça constitucional impactou a bipartição que existia entre os sistemas de controle de constitucionalidade norte-americano (*judicial review of legislation*) e o sistema europeu-kelseniano (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Isso porque, enquanto o sistema norte-americano possibilitava que qualquer juiz declarasse atos normativos incompatíveis com a Constituição (atualmente denominado controle difuso de constitucionalidade), na Europa predominava a ideia de que um único órgão seria encarregado de examinar essa compatibilidade. Idealizado por Hans Kelsen, esse sistema pretendia excluir a subjetividade na atuação do Judiciário, que somente poderia aferir a norma jurídica em abstrato (hoje conhecido como controle concentrado de constitucionalidade). Além de estabelecer maior racionalidade e objetividade, a concentração desses poderes em um único órgão serviria para reduzir o risco de haver um governo de juízes, diante da natureza de “legislador negativo” do tribunal, e para evitar decisões conflitantes sobre matéria constitucional. É importante destacar que o modelo foi elaborado tendo em vista o sistema austríaco, que adotava o regime da *civil law* e não continha o *stare decisis* norte-americano para assegurar a uniformidade das decisões<sup>66</sup>.

O período pós-bélico também deixou claro que um modelo puramente kelseniano não seria suficiente. Isso porque o constitucionalismo já não seria suficiente a seus fins, caso fosse limitado a apenas garantir a restrição dos Poderes. Era necessário ir mais longe e ter sua atividade vertida em prol da defesa dos princípios constitucionais fundamentais. Igualdade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais foram erguidos ao status de princípios promocionais, ou seja, o Estado deveria buscar sua concretização como meio de assegurar os

<sup>64</sup> SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-kelseniano. p. 856. In: SEGADO, Francisco Fernández. The Spanish constitution in the european constitutional context: La constitución española em el contexto constitucional europeo, Madrid: Dykinson, 2003.

<sup>65</sup> PAIXÃO; BIGLIAZZI. op. cit., p. 36.

<sup>66</sup> ABOUD, Georges. op. cit., p.433.

demais direitos. Essa questão foi sintetizada por Peter Häberle, quando afirmou que a Constituição não se limita à Constituição do Estado; seu conceito é mais amplo e engloba as estruturas fundamentais da sociedade<sup>67</sup>.

Dentro dessa função promocional, as Cortes receberam, nos modelos constitucionais modernos, a função de zelar pelo cumprimento das disposições constitucionais, inclusive as programáticas. Evidentemente, essa atribuição fez com que o Poder Judiciário adquirisse um protagonismo nunca visto antes, num fenômeno que alcançou proporções globais. No mesmo sentido, Konrad Hesse assegura que a jurisdição constitucional possibilita o controle judicial dos demais Poderes, inclusive da atividade da administração pública<sup>68</sup>.

Essa revolução constituiu o que se pode denominar de “democracia constitucional”, não mais limitando o sentido de democracia somente à regra da maioria<sup>69</sup> e o processo de judicialização possui papel fundamental em sua consecução. Como essa regra deixa de ter caráter absoluto, percebe-se que ocorre transferência de Poderes entre órgãos de Estado.

Assim, se ao longo do século XIX, a *judicial review* limitava-se a uma peculiaridade do sistema norte-americano, o século XXI já se apresenta com 158 países adotando formalmente algum instrumento de jurisdição constitucional<sup>70</sup>. O fenômeno pode ser observado tanto em sistemas sob o regime jurídico romano-germânico, como em países da *common law*<sup>71</sup>. Inclusive, países que ainda adotam o modelo de supremacia parlamentar, como Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra, passaram a prever algum mecanismo de controle de constitucionalidade<sup>72</sup>.

É inegável que se trata do fenômeno mais importante do constitucionalismo democrático, não apenas pelo fato de juízes deterem a palavra final na formulação de políticas, ante as amarras a que os detentores de mandato estão sujeitos pelas normas da Constituição, mas também por possuírem poderes auxiliares, como a condução de *impeachments*, a resolução de disputas eleitorais ou a dissolução de partidos políticos<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Ástrea, Depalma, 2007, p. 84.

<sup>68</sup> HESSE, Konrad. La función jurisprudencial y el Tribunal Constitucional em la Ley Fundamental de Bonn. In HÄBERLE, Peter. *Estudios Sobre La Jurisdicción Constitucional*. México: Porrúa, 2005, p. 70.

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom'S Law: The Moral Reading Of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 131.

<sup>70</sup> GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008, p.81.

<sup>71</sup> CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. ALCEU: revista de comunicação, cultura e política, v.5, n. 9, 2004, p.105.

<sup>72</sup> GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Law*, v. 49, 2001, p. 709. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=302401](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401). Acesso em: 15/04/2023.

<sup>73</sup> CHANG, Wen-Chen, Back into the political? Rethinking judicial, legal, and transnational constitutionalism.

Assim, por inspiração em teorias neoconstitucionalistas, estimulou-se a utilização das Cortes como *locus* para a resolução de disputas políticas<sup>74</sup>. Essa concentração de poderes, mais do que frustrar políticos eleitos, faz com que se perceba a importância que o Poder Judiciário possui para o cumprimento de suas pretensões políticas. Apesar do rompimento de ditaduras tradicionais, isso não significa que os Estados estejam a salvo de líderes autoritários, existindo uma forma moderna de erosão da democracia através dos instrumentos que ela mesma disponibiliza. Mesmo após períodos de redemocratização, diversos países passaram por regimes autoritários ou ainda os experimentam, apesar de contarem com uma constituição formal, de um catálogo de direitos fundamentais e da instituição de Cortes Constitucionais. Outros, embora não rompidos com o ideal de democracia, ainda foram alvos de tentativas pontuais, principalmente através da indicação de pessoas que não ameaçassem os planos de governo a determinados cargos em agências neutras. Justamente pelo fenômeno da judicialização da política, Cortes Constitucionais tornaram-se centro dessa prática.

Como a judicialização da política constitui um modelo atual de fazer política, a politização dos tribunais desvia seu caminho natural de corrigir disfuncionalidades, agregando-os como agentes causadores de violação do sistema constitucional. E nesse ponto, o constitucionalismo é utilizado de forma retórica na construção de um “constitucionalismo de camuflagem judicial”, com o objetivo de encobrir uma realidade<sup>75</sup>. Como já afirmado por Levitsky e Ziblatt, “é sempre bom ter os árbitros ao seu lado”<sup>76</sup>.

Ao redor do mundo, diversos exemplos se multiplicam de forma distinta, demonstrando que não existe uma única maneira de investir contra instituições. Na Hungria, Viktor Orbán alterou a composição de diversos órgãos independentes<sup>77</sup>; no Peru, Alberto Fujimori utilizava o serviço secreto para obter informações e chantagear os demais agentes<sup>78</sup>; na Venezuela, Hugo Chavez dissolveu a Suprema Corte e a substituiu por um novo Tribunal

---

17 *International Journal of Constitutional Law* 453, 2019, p. 453-460.

<sup>74</sup> HOLMES, Pablo. A sociedade civil contra a população: Uma teoria crítica do constitucionalismo de 1988. *Revista Direito e Práxis*, 2020. Rio de Janeiro, v.13, n.1, 2022. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/44211>. Acesso em: 01/03/ 2023.

<sup>75</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF: Poderes, Pactos e Impactos para a Democracia*. São Paulo, Saraiva Jur; 1ª edição. 2020, p. 162.

<sup>76</sup> LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p.81.

<sup>77</sup> KORNAL, János. Hungary’s U-Turn: Retreating from Democracy. *Journal of Democracy* 26, n. 43, 2015, p. 39.

<sup>78</sup> CAMERON, Maxwell A. Endogenous Regime Breakdown: The Vladivideo and the Fall of Peru’s Fujimori. In *The Fujimori Legacy: The Rise of Electoral Authoritarianism in Peru*. Pennsylvania State University Press, 2006, p. 268-293.

Supremo de Justiça<sup>79</sup>; na Polônia, o partido da Lei e da Justiça recusou o juramento de três magistrados e impôs cinco novos juízes<sup>80</sup>.

O mesmo tem ocorrido na Ásia, a exemplo da atuação da elite monárquico-conservadora da Tailândia, de levar associados à Corte Constitucional, ocasião em que esse órgão extinguiu o Future Forward Party ('FF'), um partido de esquerda que rapidamente ganhou popularidade entre os eleitores mais jovens e foi veementemente acusado pelas elites remanescentes como parte de uma rede antimonarquia<sup>81</sup>. O *check and balances* é visto, por esses líderes, apenas como grilhões que precisam ser superados.

O *court-packing* é um instrumento perigoso quando o contexto indicar que movimentos estão sendo realizados para remover toda e qualquer medida que imponha limites ao sistema político. Como se observou, o constitucionalismo põe limitações ao Poder do Estado, ou seja, o Executivo e o Legislativo não têm um “cheque em branco” para administrar ou legislar sem observar as normas expressas na Constituição. A própria regra da maioria não é absoluta, pois existem balizas mínimas a serem observadas. A título exemplificativo, a Constituição Federal brasileira prevê expressamente, no art. 60, parágrafo 4º, as chamadas “cláusulas pétreas”, que são entendidas como limitações materiais ao poder de reforma do constituinte derivado. Isso indica que determinadas disposições são intangíveis. São matérias imutáveis para preservar a identidade do projeto constituinte originário<sup>82</sup>.

Para explicar a função das constituições como um pré-compromisso feito pelo povo consigo mesmo, Jon Elster utiliza a analogia do conto de Ulisses e as sereias. Segundo o mito, ao retornar da guerra de Troia, Ulisses teve que passar pela Ilha das Sereias, tendo a deusa Circe prevenido sobre a força do feitiço da canção dessas figuras. Ao chegar lá, seus companheiros de viagem tiveram que cobrir seus ouvidos com cera e amarrá-lo ao mastro do navio para que ele não sucumbisse à canção das sereias. A solução funcionou, mas quando chegou a hora, Ulisses implorou para ser desamarrado, afirmando que, se não tivesse sido amarrado, teria cedido àquele canto. Na metáfora, as constituições representam o mastro ao qual o povo está amarrado em determinado momento e que impedem que os compromissos fundamentais adotados nelas sejam desfeitos. Entre esses compromissos fundamentais, estão,

<sup>79</sup> LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p.82.

<sup>80</sup> BUGARIC, Bojan; GINSBURG, Tom. The Assault on Postcommunist Courts. *Journal of Democracy* 27, n. 3. 2016, p. 8.

<sup>81</sup> LEELAPATANA, Rawin; ASANASAK, Suprawee. Determining What is ‘Thai’: Thailand’s Constitutional Court and Identity Polarisation. *Int’l J. Const. L.* 24, 2023. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2021/02/symposium-constitutional-struggles-in-asia-part-v-determining-what-is-thai-thailands-constitutional-court-and-identity-polarisation>.

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2010, p.294-295.

com principal relevância, as cláusulas pétreas. Trata-se de conteúdos constitucionais que o poder constituinte primário considerou imutáveis, ou seja, um pré-compromisso que não pode ser dissolvido, exceto por meio de uma ação revolucionária, como a promulgação de nova Constituição <sup>83</sup>.

No mesmo sentido, cláusulas pétreas seriam amarras que impedem a Constituição de ser alterada no sentido de remover os princípios fundamentais da sociedade. Como o *court-packing* como estratégia do constitucionalismo abusivo pressupõe que os “guardiões da Constituição” atuem ao lado do líder autoritário que os nomeou, nada impede que uma corte empacotada proceda a uma interpretação tendenciosa, mesmo que contrária ao ideal das cláusulas pétreas. O Judiciário, assim, seria capaz de “desamarrar Ulisses”, como na metáfora de Elster.

A história brasileira também apresenta uma parcela de contribuição no estudo dessa prática. Em 1893, o presidente Floriano Peixoto deixou de realizar nomeações para a Suprema Corte em uma medida vingativa, impedindo-a de ter o *quórum* mínimo para iniciar as sessões. Em 1930, motivado pelo mesmo sentimento, Getúlio Vargas demitiu seis ministros por decreto. No período da ditadura militar, que perdurou de 1964 a 1985, por meio de um ato institucional n. 5, Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva foram aposentados; Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada sofreram ameaças que ensejaram seus pedidos de aposentadoria antecipada<sup>84</sup>. Ainda nesse período, o Supremo Tribunal Federal foi submetido a diversas medidas para que o governo pudesse exercer um maior controle sobre o Judiciário. São exemplos: o aumento da Corte por meio do Ato Institucional n. 2, e seu empacotamento, com a nomeação de juízes alinhados ao regime. Percebe-se que os próprios regimes ditatoriais já adotavam essa estratégia, pois precisavam passar a ideia de normalidade institucional para legitimar seu sistema. E para isso, seria necessário confiscar a credibilidade do Judiciário ou da justiça.

### 1.5 A prática política do “jogo duro constitucional” na história americana

Se a expansão judicial desencadeou o efeito de os tribunais serem inseridos no jogo político, inclusive como espaço a ser dominado, é necessário entender que nem sempre o empacotamento de uma corte significará um comportamento abusivo ou antidemocrático. Pode-se voltar ao exemplo de Franklin Roosevelt: ele governou os Estados Unidos de 4 de

<sup>83</sup> ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints* (English Edition). Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 88. Kindle Edition.

<sup>84</sup> RECONDO, Felipe. *Tanques e togas. Coleção arquivos da repressão no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 9-15. Edição do Kindle.

março de 1933 até 12 de abril de 1945, doze anos em quatro mandatos, embora não tenha completado o último. Durante o período, ele foi responsável pela nomeação de nove membros para a Suprema Corte, sendo que mais da metade dos juízes serviram durante seu mandato e suas escolhas tiveram um impacto significativo nas decisões da Corte nas décadas seguintes. Apesar dessa grande quantidade de nomeações, não se pode afirmar que os Estados Unidos se tornaram menos democráticos ou que o presidente agiu com base em uma estratégia de dominação institucional. É verdade que houve um atrito inicial entre o presidente e a Corte, inclusive em uma tentativa de *court-packing*. Porém, essa circunstância, isoladamente, não é suficiente para que a democracia seja colocada em risco.

Ainda nesse contexto norte-americano, atualmente, sabe-se que há uma norma informal contra eventual modificação do tamanho da Corte, a qual funciona como um acordo de cavalheiros. E, devido a esse acordo, estudiosos reconhecem que "nenhum indivíduo sério, em nenhum dos principais partidos políticos, sugere o empacotamento da Corte como um meio de revogar decisões desagradáveis da Suprema Corte"<sup>85</sup>. Percebe-se que a circunstância política da época e a motivação de Roosevelt justificaram a impopularidade da medida.

No entanto, o tamanho da Corte foi alterado ao longo da história. Durante a Guerra Civil Americana, o Congresso, dominado por republicanos, aumentou seu tamanho para dez membros, para que o presidente Lincoln pudesse nomear juízes que fossem favoráveis a sua agenda de combate à escravidão e de preservação da União. No entanto, em 1866, logo após Andrew Johnson assumir o cargo em decorrência do assassinato de Lincoln, o Congresso reduziu o tamanho da Suprema Corte para sete membros<sup>86</sup>. Três anos depois, em 1869, os republicanos obtiveram nova vitória e fizeram retornar o número de cadeiras no tribunal para nove juízes, em razão da assunção de Ulysses S. Grant como presidente<sup>87</sup>. Ou seja, no século XIX, não havia convenção contra modificar o tamanho da Corte por motivos ideológicos. Porém, em nenhum desses casos, pretendeu-se aumentar o número de membros para quinze, como quis o presidente Roosevelt.

O plano de Roosevelt de tentar influenciar a Corte com o aumento do número de seus membros foi considerado um precedente negativo. Assim, na década de 50, a tentativa de uma emenda constitucional para fixar em nove o número de juízes do Tribunal foi rejeitada, diante

---

<sup>85</sup> POZEN, David. Self-Help and the Separation of Powers, *124 Yale L.J.* 2, 34, 2014, p. 37.

<sup>86</sup> GROVE, Tara Leigh. *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*. Faculty Publications. 2018, p. 507.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 507.

da possibilidade de se impedir eventual mudança futura, mesmo que benéfica, a exemplo do aumento das demandas e do trabalho ensejarem a necessidade de novos membros<sup>88</sup>.

Não existe uma fórmula predeterminada que aponte as ocasiões ou os manejos políticos que podem ensejar a prática do constitucionalismo abusivo. No entanto, se for necessário definir uma regra, essa regra é: o contexto importa.

Ele importa porque a linha entre o abuso constitucional e a política ordinária é muito tênue. As Constituições não delimitam muitos dos atos cotidianos, nem impõem todas as amarras a que os políticos estão submetidos. Ainda sobre o *court-packing*, no silêncio do texto constitucional, quantos juízes poderiam ser nomeados por um presidente? É função do presidente fazer essas indicações tantas vezes quantas forem necessárias ao longo do mandato. E sobre o aumento do número de juízes, a Constituição norte-americana não fixa seu número, o que fica a cargo da legislação ordinária. Isso difere do Brasil, onde há a previsão expressa de onze membros. Contudo, em um caso ou outro, existiria inconstitucionalidade em eventual mudança, seja para mais ou para menos? Em um primeiro momento, não é o que parece. O Constitucionalismo, ao menos a versão fina, não define um número máximo de indicações ou de cadeiras para a Corte<sup>89</sup>. A remoção ou domínio de algum *veto gate* não significa necessariamente que o ato seja antidemocrático, pois é preciso que o contexto e a intenção sejam direcionados a esse fim<sup>90</sup>, circunstância que não é de fácil diagnóstico.

É importante que certas escolhas sejam definidas pelos representantes do povo. Eles foram eleitos para o exercício de escolhas políticas, e essas, muitas das vezes, envolvem mudanças no próprio *design* constitucional. Não se pode considerar antidemocráticas políticas que sejam mais agressivas ou que promovam mudanças mais drásticas, simplesmente por essas qualidades. Em razão disso é que o constitucionalismo abusivo encontra uma fronteira incerta com o chamado “jogo duro constitucional”.

O “jogo duro constitucional” é um conceito desenvolvido por Mark Tushnet<sup>91</sup>. Segundo ele, às vezes, para alcançar objetivos políticos por meio da mudança constitucional, os grupos devem adotar uma postura agressiva e não cooperativa em relação às instituições

<sup>88</sup> Ibid., p.511.

<sup>89</sup> TUSHNET, Mark; BUGARIC, Bojan. *Power to the People*. Oxford: Oxford University Press. Edição do Kindle, p. 74. “An eleven-member constitutional court is well within contemporary parameters, and no one would blink if the court had had eleven members all along”.

<sup>90</sup> TUSHNET; BUGARIC, op. cit. p. 74. “Perhaps not, though. Removing one or two veto gates or speed bumps might not be inconsistent with constitutionalism, but removing all or nearly all of them might be. The new season might not be a rosy summer but a bleak winter. True enough, but once again this raises several questions: How many veto gates and speed bumps are actually to be destroyed? Will new ones be created? And, most important, are the constitutional revisions—deletions and additions—going to promote good government?”

<sup>91</sup> TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, 37, 2004.

políticas. Em outras palavras, é preciso “jogar duro” para conseguir a mudança desejada. Tushnet argumenta que essa estratégia pode ser especialmente útil em situações em que a mudança constitucional é difícil de alcançar por meio dos canais políticos normais, a exemplo de situações em que os grupos minoritários enfrentam obstáculos políticos significativos ou quando as instituições políticas estão firmemente controladas pelas elites dominantes.

O jogo duro constitucional pode assumir várias formas, incluindo a desobediência civil, o desafio judicial agressivo, manifestações públicas e, até mesmo, uma interpretação constitucional criativa. A ideia é a de que, adotando uma postura mais agressiva, os grupos possam pressionar as instituições políticas a mudarem, seja por meios legislativos ou por meio de decisões judiciais. Mas Tushnet também alerta que o jogo duro constitucional pode ter consequências indesejadas, como a polarização política e a erosão da confiança nas instituições políticas. Portanto, essa estratégia deve ser usada com cuidado e somente em situações em que outras opções políticas tenham falhado.

Um exemplo utilizado Tushnet, professor de Harvard, é a obstrução do Senado para a indicação de juízes pelo governo Bush. Durante a presidência de George W. Bush, houve grande controvérsia em torno da indicação de juízes para tribunais federais, especialmente para a Suprema Corte<sup>92</sup>. O Partido Democrata no Senado adotou a estratégia de obstrução, ou *filibuster*, para impedir a votação de alguns desses nomeados. *Filibuster* é uma tática parlamentar que permite que um senador prolongue o debate indefinidamente, a fim de atrasar ou bloquear a votação de um projeto ou nomeação. Os democratas argumentaram que a obstrução era uma forma legítima de defesa contra nomeações políticas extremistas e que o Partido Republicano havia abusado da confirmação, ao nomear juízes desqualificados ou ideologicamente fora do *mainstream*<sup>93</sup>. Para Tushnet, esse é um exemplo de jogo duro constitucional, pois os democratas usaram um procedimento parlamentar legítimo para obstruir as nomeações do presidente Bush, embora isso estivesse fora do padrão histórico de confirmação de juízes.

Contudo, o primeiro jogo duro constitucional da história norte-americana foi o célebre caso *Marbury v. Madison*<sup>94</sup>. Foi nesse julgamento que a Suprema Corte firmou a possibilidade de declarar inconstitucional uma lei federal. Nas palavras de John Marshall:

A Constituição ou é uma lei superior, suprema, imutável pelos meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, assim, é alterável quando o legislador desejar alterá-la. Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então

---

<sup>92</sup> Ibid., p. 254.

<sup>93</sup> Ibid., p. 255-258.

<sup>94</sup> 5 U.S 137 (1803).

um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última parte for verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder em sua própria natureza ilimitado. Certamente todos aqueles que formularam Constituições escritas as contemplam como lei fundamental e suprema da nação e, conseqüentemente, a teoria geral do Estado deve ser a de que um ato do Legislativo repugnante à Constituição é nulo. Esta teoria está essencialmente ligada a uma Constituição escrita e, conseqüentemente, deve ser considerada por este Tribunal como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade. (...) É enfaticamente competência e dever do Poder Judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra a casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar essa regra. Se duas leis entrarem em conflito, os Tribunais devem decidir sobre o funcionamento de cada uma (5 US. 137 (1803), p. 177)<sup>95</sup>.

O fato é que, mesmo que outras cortes já realizassem *o judicial review* no âmbito estadual e os autores de “O Federalista” compreendessem essa possibilidade, a questão não era pacífica, especialmente pela omissão no texto constitucional<sup>96</sup>.

A Suprema Corte dos Estados Unidos é um órgão reconhecido por suas decisões altamente influentes, objeto de inspiração de todo o Judiciário. Ela foi responsável por decisões que mudaram a história dos Estados Unidos, como: permissão para as mulheres decidirem sobre a continuidade de sua gravidez (*Roe v. Wade*); possibilidade de a imprensa relevar informações governamentais em tempos de guerra (*The Pentagon Papers*); alterações de políticas públicas escolares baseadas na cor (*Brown v. Board of Education*); deliberação de que queimar a bandeira nacional está contida na liberdade de expressão (*Texas v. Johnson*); determinação do critério a ser aplicado para contagem de votos em eleição presidencial (*Bush v. Gore*), e restrição do privilégio executivo (*United States v. Nixon*). Porém, todos esses julgados são originários daquilo que ficou determinado no caso *Marbury v. Madison*. A partir dele, a Supremacia Judicial se tornou vetor constitucional. Não por outra razão, o *Chief Justice* Charles Evans Hughes chegou a afirmar que “constitucional é o que os juízes afirmam que é” (*Constitution is what the judges say it is*).

Porém, para entender a importância do caso, é preciso comentar o precedente de *Chisholm v. Geórgia* (1793) que, no início da Federação, exigiu que a Suprema Corte resolvesse o conflito entre um estado-membro e um particular. Nesse processo, um particular possuía uma dívida para com o estado da Geórgia, que sustentava uma espécie de imunidade de jurisdição dos estados às cortes federais, de modo que seria necessário seu consentimento para que a União o julgasse. Esse julgamento foi de extrema importância para definir os limites dos poderes dos estados. Afinal, muitos defendiam que eles seriam soberanos<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> FRANTZ BECKER, Rodrigo. *Suprema Corte Dos EUA; Casos Históricos* (IDP) São Paulo: Almedina Brasil. Edição do Kindle, p. 96-97.

<sup>96</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. O Acaso, John Marshall E O Controle De Constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 172, 2006, p. 38-39.

<sup>97</sup> Essa época ficou marcada pela divergência política entre federalistas, que sustentavam uma maior centralidade

Entendendo a possibilidade do processamento em cortes federais, a Suprema Corte determinou a interpretação a ser adotada no art. III da Constituição, seção 2, cláusula primeira, em detrimento do entendimento estadual, circunstância muito delicada à época, diante do constante “fantasma” da secessão. Essa foi a primeira decisão que concebeu os mecanismos de *check and balances* no sistema norte-americano. Muitos acreditam que *Chisholm* foi a primeira grande decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>98</sup>. A partir dele, houve uma verdadeira interpretação das normas constitucionais em detrimento da posição dos estados-membros, o que hoje seria denominado de interferência política. Embora não tenha ocorrido um real controle de constitucionalidade, percebe-se que a decisão política final se centrou na competência do Poder Judiciário.

Alguns anos depois foi que houve a decisão de *Marbury v. Madison*. Sua autoridade já foi destacada e constitui objeto de estudos por sua importância para a doutrina da *judicial review*. No entanto, geralmente se ignora a situação fática que lhe deu ensejo. Com a vitória do republicano Thomas Jefferson, o presidente em exercício John Adams, “no apagar das luzes”, aprovou o *Judiciary Act* 1801, possibilitando a nomeação de um expressivo número de juízes, todos ligados ao partido Federalista. A lei aboliu os tribunais de circuito, que consistiam em um juiz de distrito e dois juízes da Suprema Corte, e criou seis novos tribunais de circuito em substituição, compostos por dezesseis juízes. Também houve a redução do número de juízes da Suprema Corte, de seis para cinco, a ser efetivado assim que um juiz em exercício deixasse o cargo. Essa modificação legislativa aumentou substancialmente o alcance da jurisdição federal, de acordo com o programa centralizador dos Federalistas. Algumas dessas decisões eram práticas e bem-vindas. Porém, o contexto político indicava que a maioria de suas disposições era vista pelos jeffersonianos como uma tentativa dos Federalistas de se firmarem nos tribunais, já que estavam sendo forçados a deixar a presidência e o controle do Congresso<sup>99</sup>. Para o recém-empossado presidente, a Lei de 1801 foi uma manobra constitucional de entrenchamento.

Em resposta, os jeffersonianos aboliram o *Judiciary Act* 1801 e editaram a Lei Judiciária de 1802, que removeu os novos tribunais de circuito, mesmo cientes de que suas disposições seriam questionáveis constitucionalmente. Preocupados com a possibilidade de a Suprema Corte concordar com a inconstitucionalidade da eliminação dos novos tribunais, os

---

da União, e os antifederalistas, defensores da autonomia (ou soberania) dos estados.

<sup>98</sup> CASAGRANDE, Cássio. CHISHOLM V. GEORGIA, 1793 A PRIMEIRA “GRANDE DECISÃO” DA SUPREMA CORTE DOS EUA: FEDERALISMO, JUDICIÁRIO E A DÉCIMA PRIMEIRA EMENDA Frantz Becker, Rodrigo. Suprema Corte dos EUA; casos históricos (IDP) (p. 59). Almedina Brasil. Edição do Kindle.

<sup>99</sup> TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, 37, 2004, p. 540.

jeffersonianos promulgaram outra lei, adiando a sessão do Supremo Tribunal. Esperavam que, tendo os juízes de circuito ficado sem cargo (ou sem dinheiro) por um ano ou mais, a questão teria desaparecido quando o Tribunal considerasse a constitucionalidade da Lei de 1802<sup>100</sup>.

Como as nomeações dos juízes ocorreram ao término do mandato, não foi possível dar posse a todos. Então, Jefferson determinou que seu secretário de Estado, James Madison, suspendesse a posse dos que restavam, o que ocasionou a judicialização por parte William Marbury e de outros prejudicados<sup>101</sup>. O historiador Bernard Schwartz entende que Adams agiu inspirado em sua visão do futuro, assegurando que o Poder Judiciário seria uma espécie de trincheira ao modo de vista federalista<sup>102</sup>. A ideia de ter um corpo judicial composto por pessoas que guardassem semelhante posição ideológica foi preponderante para que houvesse movimento político, fosse por Adams, ao tentar realizar as nomeações, fosse por Jefferson, ao buscar evitar esse entrincheiramento.

O “jogo duro constitucional” exige apostas altas, tanto que as leis de 1801 e 1802 envolviam o controle do governo nacional como um todo. Se os jeffersonianos prevalescessem, teriam controle sobre os três Poderes do governo nacional. Já se fossem os federalistas, esses teriam uma base na justiça, que poderiam usar para limitar o Congresso e o Executivo. Marbury também foi um jogo duro constitucional, não porque o estatuto que criou juízes de paz no Distrito de Columbia tivesse alguma importância real; mas sim porque levantou a questão quanto aos federalistas serem capazes de usar seu controle sobre a justiça para disciplinar o Congresso e o presidente<sup>103</sup>.

John Marshall estaria no centro de nova controvérsia que também pode ser encarada como um “jogo duro constitucional”, quando a Suprema Corte precisou, mais uma vez, manifestar-se sobre o tema soberania dos estados. No caso *McCulloch vs Maryland*<sup>104</sup>, a controvérsia era sobre a possibilidade ou não de a União instituir um banco público. Durante a Convenção da Filadélfia de 1787, houve intenso debate acerca da possibilidade de se criar um banco, mas os constituintes deixaram de fora do texto constitucional qualquer estipulação. Mesmo assim, ainda no mandato de George Washington, houve a criação de um banco com licença de funcionamento por vinte anos. Essa circunstância, mais uma vez, colocou em lados opostos federalistas e antifederalistas, uma vez que cada um tinha sua visão própria sobre que tipo de Estado pretendia, se mais agrário ou mais industrializado. Também existia o receio de

---

<sup>100</sup> Ibid., p. 541.

<sup>101</sup> SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. 3ed. São Paulo: Atlas. 2019, p. 98-101.

<sup>102</sup> SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p.40.

<sup>103</sup> TUSHNET, op. cit., p. 542.

<sup>104</sup> 17 US. 316. 1819.

que um banco nacional enfraquecesse os estados. Após o fim do prazo da licença de funcionamento, em 1811, o tema voltou a gerar controvérsia.

Esse debate chegou até a Suprema Corte, que precisou resolver a contenda através de mais uma decisão que exigiu um arcabouço doutrinário e teórico que influencia, até hoje, diversos Estados. Isso porque foi nesse julgamento que se desenvolveu a “teoria dos poderes implícitos”<sup>105</sup>, de maneira que, embora não previsto expressamente no texto da Constituição, o banco seria necessário à União para atingir seus fins. Assim, implicitamente, seria outorgada a possibilidade de sua instituição. Foi também nesse precedente que se reconheceu a imunidade recíproca entre os entes federativo, haja vista que o contexto fático que ensejou o caso foi a cobrança de tributos pelo estado de Maryland à filial do Banco Nacional.

Em 1828, Andrew Jackson foi eleito presidente dos Estados Unidos. Sua posição era contrária à criação do banco, e ele fez forte oposição a isso, declarando que o entendimento da Suprema Corte estava errado<sup>106</sup>. Na década de 30, Henry Clay<sup>107</sup> pretendia reerguer algo similar ao partido federalista, que havia se desintegrado, e pressionou pela elaboração de um projeto que antecipasse a renovação do Banco Nacional. Visava à criação de um fato político que pudesse alavancá-lo e a seus aliados políticos para as eleições vindouras. Ocorre que Jackson vetou o projeto, baseado em uma combinação de objeções políticas e jurídicas. Mas a inconstitucionalidade foi o principal argumento, não obstante a decisão do Supremo Tribunal em *McCulloch v. Maryland*. Esse episódio se encaixa na definição de Tushnet de *hardball* constitucional. Obviamente, o momento da renovação do banco estava inteiramente dentro do poder constitucional do Congresso. Contudo, promulgar a renovação do banco, vários anos antes de seu prazo, está em tensão com as práticas ordinárias. O presidente tem autoridade constitucional básica para vetar a legislação por qualquer motivo, mas a justificativa de veto de Jackson foi inconsistente frente às práticas habituais sobre o poder de veto de duas maneiras: ele invocou fundamentos políticos, enquanto presidentes anteriores apenas utilizavam o veto com fundamentos constitucionais; e os fundamentos constitucionais citados haviam sido rejeitados pelo Supremo Tribunal. Sustentar um fundamento constitucional em sentido contrário à Corte era incomum na época<sup>108</sup>.

O “jogo duro constitucional” funciona como a possibilidade de mudanças dos pressupostos governamentais a partir de uma ordem constitucional. Líderes políticos jogam

<sup>105</sup> MENEZES, David Sobreira Bezerra de; SILVA, Cristiano Mota e. *McCulloch V. Maryland*, 1819 *Nós, Os Estados Soberanos?* In BECKER, Rodrigo Frantz. *Suprema Corte dos EUA; casos históricos (IDP)*. p. 118. São Paulo Almedina Brasil. Edição do Kindle.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>107</sup> Congressista norte-americano que representou o estado do Kentucky, fundou e liderou o partido Whig.

<sup>108</sup> TUSHNET, op. cit., p. 547.

duro quando acreditam que estão em uma posição de fazer a transição de uma ordem para outra ou quando se sentem ameaçados com a possibilidade de tal mudança. Mas o “jogo duro constitucional”, a depender das percepções dos políticos, também pode sofrer variações. Uma delas é denominado de *brushback*<sup>109</sup>, que consiste em mudança indireta por meio de uma espécie de intimidação. É o caso do *court-packing plan* de Roosevelt, pois era de conhecimento que a tentativa de expandir a Corte não era verdadeira; a ideia era modificar a postura dos juízes a partir do receio de alteração da composição do órgão<sup>110</sup>.

Embora não forneça uma fórmula fechada, Tushnet observa que o jogo duro constitucional pode ser prejudicial para a estabilidade institucional, quando houver um padrão consistente de violações das normas constitucionais. Ele sugere que o jogo duro pode levar a um ambiente político no qual a vitória é tudo o que importa, em detrimento dos valores democráticos fundamentais, como a proteção das minorias e a manutenção do Estado de Direito. A democracia é um conceito complexo e multifacetado, e sua existência ou ausência não pode ser medida apenas pelo número de vetos governamentais que foram derrubados.

Dessa maneira, a depender do contexto, um mesmo movimento político pode erodir a democracia em um verdadeiro constitucionalismo abusivo ou significar um movimento normal, porém mais agressivo. No entanto, não se pode perder de vista que a derrocada da democracia ocorre de maneira gradativa, por meio de movimentos que, isoladamente, aparentam ser insignificantes, mas quando analisados em conjunto, deixa claro seu potencial de minar o regime democrático. Muitos desses movimentos são aprovados pelo Legislativo e até chancelado pelas cortes, encobertos por justificativas legítimas. Ocorre que, quando compreendida a magnitude dos fatos, pode ser tarde demais.

---

<sup>109</sup> O *brushback* é uma jogada usada pelos arremessadores no beisebol para tentar intimidar o rebatedor. Consiste em lançar a bola muito perto do corpo do rebatedor, quase acertando-o, para fazê-lo recuar ou se esquivar da bola. O objetivo do *brushback* é fazer o rebatedor perder a concentração e a confiança, o que pode torná-lo menos efetivo em suas próximas tentativas de rebatida.

<sup>110</sup> TUSHNET, op. cit., p. 544.

## Capítulo Segundo

### AS FUNÇÕES DAS SUPREMAS CORTES NO NOVO AUTORITARISMO

#### 2.1 Judicialização da política e o agir estratégico

Como visto no capítulo anterior, as instituições judiciárias foram desenvolvidas para atuar como árbitros neutros. Porém, são vistas por regime autoritários tanto como um desafio quanto uma oportunidade, afinal, se permanecerem independentes, podem voltar-se contra os governadores e punir seus abusos; se controladas, podem servir aos objetivos do regime. Nesse caso, seria possível até mesmo violar direitos civis e a própria Constituição sem que houvesse preocupação com a investigação desses abusos ou qualquer responsabilidade<sup>111</sup>.

Se observado com atenção, mais do que um simples *veto gate*, o Judiciário funciona, atualmente, como verdadeiro agente transformador, responsável pela condução de políticas públicas. Um pretense líder autoritário pode manipular essa instituição para, além de obter credibilidade, proceder com seu “trabalho sujo”. Isso porque, cada vez mais, o Poder Judiciário passou a interferir nos demais Poderes, com o fundamento de exercer a jurisdição constitucional e quando entender que o ato violou as normas da Constituição. Essa tarefa nem sempre é fácil, haja vista que, muitas vezes, a interpretação da norma constitucional não passa por uma mera subsunção de seu texto, o que exige uma atuação criativa do juiz, principalmente quando se está diante de um princípio ou sob a possibilidade de reconhecer (ou não) direito não expresso.

De fato, mesmo no campo da Filosofia do Direito, sempre houve intenso debate acerca do papel dos juízes quando não há norma que regule o caso. O que o juiz deveria fazer quando não existisse uma norma para o caso que julga? De acordo com a Filosofia positivista de L.H.A. Hart, no caso de indeterminação normativa ou de multiplicidade de escolha, haverá discricionariedade judicial, ou seja, deve-se criar uma regra para o caso concreto, como um legislador secundário (critério extrajurídico)<sup>112</sup>. Já Ronald Dworkin refuta a ideia de discricionariedade dos juízes<sup>113</sup>, ao afirmar que existe uma resposta correta para todas as

<sup>111</sup> LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p.81-82.

<sup>112</sup> HART, H.L.A. *O Conceito De Direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Martins Fontes, 2020, p. 140.

<sup>113</sup> É a partir dessa discussão que surge a figura do juiz Hércules, que muitas vezes é compreendido de forma errônea como atribuição de uma condição quase divina aos juízes. Conforme a mitologia grega, Hércules era um semideus que foi obrigado a realizar doze trabalhos em troca de sua liberdade. Assim, é nessa condição de servo, apesar de seus poderes, que os juízes precisam encerrar seus trabalhos.

questões morais, por mais difícil que seja de encontrá-la. Deve-se buscar a objetivação dos valores morais, e os juízes devem encontrar essa solução no ordenamento<sup>114</sup>.

Na década de 50, houve uma grande revolução na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, que passou a adotar posição proativa em favor dos direitos fundamentais das minorias. Foi a partir dessas discussões que surgiu, no contexto norte-americano, o termo “ativismo judicial”, em especial devido à atuação dessa Corte nos anos em que ela foi presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren<sup>115</sup>. O uso do termo “ativismo judicial” teve seu início em um artigo de um historiador chamado Arthur Schlesinger, de 1947, que teve por objeto uma pesquisa sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*. Ao tratar do assunto, Schlesinger descreveu a divisão de pensamento que existia na Corte:

O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano<sup>116</sup>.

Pelo relato desse historiador, havia uma cisão de pensamentos no interior da Corte<sup>117</sup>: o grupo Frankfurter e Jackson eram defensores do *judicial restraint*, que privilegiava as escolhas realizadas pelo Legislativo em uma postura de autocontenção; já a outra vertente, capitaneada por Douglas e Jackson, adotava uma visão proativa das capacidades da Suprema Corte, como forma de permitir mudanças sociais fora do âmbito do Poder Legislativo. As diversas visões acerca da filosofia judicial são uma realidade em dias atuais e se revelam como algo rotineiro nas discussões cotidianas. Porém, suas origens remontam tempos mais antigos.

<sup>114</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3 ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 28.

<sup>115</sup> Earl Warren foi 14º *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos e serviu entre os anos 1954 e 1969. Mesmo vinculado ao partido Republicano, reconhecidamente a direita do espectro político, por onde foi eleito governador da Califórnia, foi responsável pela condução da Corte em um período que ficou marcado por uma atuação proativa em favor dos direitos fundamentais de grupos minoritários.

<sup>116</sup> SCHLESINGER JR, V. Arthur. *The Supreme Court: 1947*. Fortune, jan. 1947, p. 208, apud KMIÉC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’, *California Law Review* 92, 2004, p. 1446. Tradução por BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 47-48.

<sup>117</sup> Curiosamente, os quatro magistrados, Hugo Black, Felix Frankfurter, William O. Douglas e Robert H. Jackson, foram nomeados por Franklin Roosevelt.

O fato é que, mesmo que tenha surgido na década de 40, a locução “ativismo judicial” é utilizada até hoje, em especial para se criticar alguma decisão judicial que tenha sido contrária ao entendimento de alguém. Na verdade, trata-se de mera “poluição semântica”, nas palavras de Stegmüller<sup>118</sup>, justamente por envolver uma gama de sentidos distintos<sup>119</sup>. A incerteza é tamanha que, para Kermit Roosevelt, o termo não possui utilidade, haja vista que, quando a lei não tem resposta para a solução do caso em concreto, juízes podem ignorar o Direito em prol da política<sup>120</sup>. O autor, inclusive, cita a fala do ex-presidente Barack Obama sobre a postura judicial que pretendia em suas indicações<sup>121</sup>:

Eu procuro alguém que entenda que a justiça não é sobre alguma teoria jurídica abstrata na nota de rodapé de um livro de casos; é sobre como nossas leis afetam a realidade diária da vida das pessoas, se elas podem ganhar a vida e cuidar de suas famílias, se elas se sentem seguras em suas casas e bem-vindas em sua nação<sup>122</sup>.

Até mesmo a posição de um político, ex-presidente, no sentido de que os juízes devem atuar com empatia frente aos anseios sociais é motivo suficiente para se colocar em dúvida se, de fato, uma postura ativista seria ilegal ou inconstitucional. Alguns juristas norte-americanos também criticam essa filosofia judicial, porque compreendem que o objetivo dos juízes, ao interpretar a Constituição, deve se limitar a buscar o sentido original que os *founding fathers*<sup>123</sup> pretendiam para ela. Por isso, os adeptos a essa filosofia foram denominados de originalistas. Partidários desse pensamento compreendem que decisões ativistas acabam por erodir a Constituição e seus princípios fundamentais, pois prevalece a vontade de um pequeno número de juízes em detrimento da escolha política encampada no texto constitucional<sup>124</sup>.

Dessa forma, uma interpretação que se resume ao pensamento – ou à opção política – guardaria um sério problema democrático. Mark Tushnet, defensor do constitucionalismo popular, aprofunda o problema ao refletir que o próprio controle de constitucionalidade é incompatível com o constitucionalismo, pois ao impor limites ao poder do governo, o controle é realizado contra o autogoverno do povo sobre seus atos<sup>125</sup>.

---

<sup>118</sup> STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*. São Paulo: EPU, v1. 1977.

<sup>119</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.51-52.

<sup>120</sup> ROOSEVELT, Kermit. Judicial Activism is not a useful concept. In BERLATSKY, Noah. *Judicial Activism: Opposing Viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012, p. 57.

<sup>121</sup> Ibid.,p. 57-58.

<sup>122</sup> Tradução livre de “I will seek someone who understands that justice isn’t about some abstract legal theory of footnote in a case book; it is also about how our laws affect the daily realities of people’s life, whether they can make a living and care for their families, whether they feel safe in their homes and welcome in their nation.”

<sup>123</sup> *Fouding fathers* significa os “pais fundadores” dos Estados Unidos, ou seja, o grupo de políticos que participaram da elaboração da Constituição norte-americana.

<sup>124</sup> WALPIN, Gerald. *The Supreme Court vs. the Constitution*. Nova Iorque: Significance Press, 2013, p. 1.

<sup>125</sup> TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo Y Judicial Review*. Lima: Palestra, 2013, p. 72-73.

Com uma visão distinta, Luís Roberto Barroso entende que o ativismo judicial implica uma participação mais intensa no Poder Judiciário na concretização de valores constitucionais, de modo a gerar interferência nos demais Poderes. Porém, isso não levaria a um confronto propriamente, mas apenas à ocupação de espaços que foram deixados sem uma resposta<sup>126</sup>. De acordo com seu pensamento, judicialização e ativismo possuem nuances diversos, embora possam guardar certa semelhança. Enquanto o ativismo está inserido no campo da interpretação, a judicialização significa que questões de índole política, moral, social, estão sendo decididos pelo Poder Judiciário como instância final, em razão de dois fatores em especial: a desilusão da população com a política majoritária, frente a uma crise de representatividade e funcional do parlamento; e o fato de atores políticos, muitas vezes, preferirem deixar a solução de temas sensíveis (como uniões homoafetivas, aborto e outros), principalmente em desacordo moral razoável na sociedade, para o Poder Judiciário e evitar o desgaste<sup>127</sup>. A judicialização é resultado do desenho institucional do sistema jurídico; o ativismo é a escolha de um modo específico de interpretar a Constituição<sup>128</sup>.

Dessa forma, questões de grande relevância para a sociedade passaram a ser judicializadas, especialmente quando não resolvidas pelas instâncias ordinárias a tempo. Conclui-se então que o excesso de judicialização demonstra uma disfuncionalidade na condução do processo político pelos órgãos eleitos. Mesmo assim, existe forte crítica político-ideológica sobre a legitimidade não apenas sobre o método interpretativo, mas acerca da compatibilidade entre o controle de constitucionalidade e o processo democrático.

A partir dessa forma de decidir, haveria compatibilidade entre o controle de constitucionalidade e a democracia. Contudo, existem partidários que contestam a legitimidade democrática e a maior eficiência da jurisdição constitucional em proteger direitos fundamentais. Um desses pensadores é *Jeremy Waldron*, defensor da ideia de que em sociedades onde o Poder Legislativo não seja disfuncional, as divergências sobre direitos, moral e escolhas devem ser resolvidas em sede de processo legislativo, no parlamento. Para esse filósofo, a ciência política se vale de critérios metodológicos mais justos, o que justifica sua defesa de que a legislação pode fazer as vezes da figura do “Juiz Hércules”, modelo de *Dworkin*:

Ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, “Hércules”, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório. Na verdade, a situação pode até ser pior; é certamente pior nos Estados Unidos. Não apenas não temos os modelos de

---

<sup>126</sup>BARROSO, op. cit., p. 48-49.

<sup>127</sup>Ibid. p. 47-48.

<sup>128</sup>Ibid.,p. 49.

legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política como princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou “contramajoritárias” que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica. Construimos, então, um retrato idealizado do julgado e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar. Os cientistas políticos sabem mais do que isso, naturalmente. Ao contrário dos professores de Direito, eles têm boa vontade de combinar um modelo cético de legislação com um modelo igualmente cético de adjudicação de recurso e do Supremo Tribunal. Parte do que tenho interesse em fazer nestas palestras é perguntar: Como seria construir um retrato róseo das legislaturas, que correspondesse, na sua normatividade, talvez na sua ingenuidade, e, certamente na sua qualidade de aspiração, ao retrato dos tribunais – o fórum do princípio, etc. – que apresentamos nos momentos mais elevados da nossa jurisprudência constitucional?<sup>129</sup>

*Waldron* aponta que os desacordos morais fazem parte da natureza política tradicional, principalmente em sociedades que buscam ser pluralistas. Atribuir a tomada decisão sobre questões moralmente relevantes a juízes somente afasta do seio da sociedade a possibilidade de se discutir o tema. Isso acaba por criar uma espécie de hierarquia entre cidadãos, sendo necessário fortalecer institutos que garantam o mesmo valor entre os indivíduos. Ademais, como as Cortes decidem com base em elementos políticos, não seria diferente do próprio parlamento, já que ambos decidem por maioria, ou seja, seriam institucionalmente equivalentes. Essa circunstância seria apta a afastar a ideia de que os direitos fundamentais estariam melhor protegidos no âmbito do Poder Judiciário<sup>130</sup>.

Mesmo assim, *Waldron* admite que, em situação excepcionais, a revisão judicial é desejável, muito embora convicto de sua raiz antidemocrática<sup>131</sup>. No entanto, ele deixa claro que as Cortes não conseguiriam proteger o direito das minorias sem que houvesse qualquer apoio da sociedade, de forma que a regra da maioria permaneceria como o fiel da balança<sup>132</sup>. Ele também questiona a ideia de que os argumentos são melhor debatidos no Judiciário, com a fundamentação das decisões, do que no parlamento, pois, empiricamente, é possível encontrar debates profundos nas discussões políticas<sup>133</sup>.

Esses seriam alguns dos argumentos mais relevantes para contestar a expansão não apenas de Poderes, mas da importância das Cortes na modernidade. No entanto, a ideia de

<sup>129</sup> *Apud* WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Tradução Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1-2.

<sup>130</sup> MENDES, op. cit., p. 75.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>132</sup> WALDRON, Jeremy. The Core Of The Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006, p. 19.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 1.382 “The difference is that lawyers are trained to close study of the reason that judges give; they are not trained to close study of legislative reasoning”.

Supremacia Judicial ainda é presente na maior parte dos países que adotam sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Porém, isso não significa que qualquer matéria deve ser decidida por um tribunal.

Dentro da teoria constitucional, há os que negam a existência de uma dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade, em razão de, muitas vezes, se decidir conforme a opinião pública e também porque nem sempre a decisão do Legislativo representa a vontade popular<sup>134</sup>. Muito embora a jurisdição constitucional não seja um elemento indispensável ao constitucionalismo, ela tem um papel preponderante para a sociedade<sup>135</sup>.

Luís Roberto Barroso compreende que eventual atuação contramajoritária do Judiciário ocorre em favor da democracia e não contra ela, justamente pela atribuição que os tribunais constitucionais têm de promover e de proteger os direitos fundamentais, assim como garantir a lisura do processo democrático<sup>136</sup>. Para ele, além do papel contramajoritário, as Supremas Cortes exercem outras duas funções, representativa e iluminista<sup>137</sup>. A função representativa é oriunda da crise de representatividade que atinge grande parte das democracias contemporâneas, ou seja, a dificuldade de representação política transferiu para o Poder Judiciário decisões que normalmente estavam inseridas na seara do parlamento. Em consequência, observa-se que, muito embora a política seja um gênero de primeira necessidade, o sistema representativo deixou de expressar a vontade majoritária da população. Inclusive, muitos teóricos da dificuldade contramajoritária começam a voltar sua atenção para o *déficit* democrático da representação política<sup>138</sup>.

Sobre a crise de representação política, David Van Reybrouck<sup>139</sup> diagnostica que quatro são os culpados: políticos, democracia, democracia representativa e democracia eleitoral-representativa. Esse último seria o grande responsável pela fadiga que o sistema apresenta atualmente. Ao explicar sobre a ideia de democracia, o autor rememora sua origem na Grécia antiga, bem como o alto grau de restrição que existia naquela sociedade quanto aos

---

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Um Outro País: Transformações No Direito, Na Ética E Na Agenda Do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 40. Ver também: DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. Irvignton Pub, 1993.

<sup>135</sup> GRIMM, op. cit, p. 261 “A jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia (...) Há suficientes provas históricas de que um estado democrático pode dispensar o controle de constitucionalidade (...) Ninguém duvidaria do caráter democrático de Estados como Reino Unido e Holanda, que não adotam o controle de constitucionalidade”.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>137</sup> BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017, p. 27-36.

<sup>138</sup> GRABER, Mark A. The Countermajoritarian Difficulty: From Courts To Congress To Constitutional Order. *Annual Review Law of Social Science*, n. 4, p.36-62, 2008.

<sup>139</sup> REYBROUCK, David Van. *Contra Eleições*. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.

participantes do processo democrático, mulheres, estrangeiros, menores de dezoito anos e escravos estavam excluídos. Ele lembra que as eleições surgiram em um contexto completamente diferente. Em sua origem, na Revolução Norte-Americana e Francesa, seu objetivo era conhecer a vontade popular sem a intermediação de partidos; não havia sufrágio universal, mídia comercial ou redes sociais<sup>140</sup>. Sua noção veio da forma de escolha dos Papas e o ideal do voto visava à busca da unanimidade. Não por outro motivo, em 1774, Edmund Burke escreveu em seu pronunciamento aos eleitores de Bristol<sup>141</sup>: “o Parlamento não é um congresso de embaixadores com interesses divergentes e hostis (...), o Parlamento é uma assembleia deliberativa de uma única nação, com um interesse único: o da coletividade”. Até Jean-Jacques Rousseau, que tinha divergências com Burke, concordou com esse ponto<sup>142</sup>.

O sufrágio era uma forma de a burguesia se contrapor ao absolutismo do antigo regime, desenvolvendo uma forma de democracia representativa indireta. Nos dois séculos que se seguiram, muitas alterações ocorreram: a criação de partidos políticos, o sufrágio com expansão universal e mudanças no espaço público. Com o tempo, as eleições se tornaram uma luta entre grupos distintos e com interesses divergentes, com o objetivo de obter apoio da maior parte do eleitorado. Se, no início, ela foi concebida como instrumento para se buscar a unanimidade, atualmente as eleições representam uma “arena onde os candidatos se digladiam”<sup>143</sup>. Com isso, acaba-se por reduzir a democracia à democracia representativa, e essa democracia representativa se reduz às eleições. Mas é preciso lembrar que a humanidade experimenta a democracia há três mil anos, e há apenas duzentos ela é exercida exclusivamente através de eleições<sup>144</sup>.

Conforme prega esse autor, essa crise representativa passa por um fundamentalismo eleitoral, pelo fato de o modelo ocidental de democracia ser exportado como um produto pronto: cabine de votação, cédulas, urnas, partidos políticos, campanha eleitoral, coalizão, lista de candidatos, tribunais eleitorais. Essa incoerência leva ao paradoxo de que “desprezamos os eleitos, mas veneramos as eleições”<sup>145</sup>. Eleições e democracia são tratadas como sinônimos, de forma que se compreende ser a única maneira de representação. Não por outro motivo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, expressa que “A

---

<sup>140</sup> Ibid.,p. 82-83.

<sup>141</sup>REYBROUCK, David Van. *Contra Eleições*. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2020, p. 89 apud BRUKE, Edmund pronunciamento aos eleitores de Bristol, 1774. Disponível em: <https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>.

<sup>142</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Editora Edipro, 2020, p. 89.

<sup>143</sup> REYBROUCK, op. cit., p. 91-92.

<sup>144</sup> Ibid.,p. 81-101.

<sup>145</sup> Ibid.,p. 78-79.

vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; essa vontade deve ser expressa através de eleições honestas e periódicas”. Aparentemente, essa metodologia se tornou um direito fundamental, mas a crise de representação política que assombra os dias atuais não encontra solução em um documento tão sintético e geral. O fato é que temos um diagnóstico sem solução, e ante a ausência de alternativas, as discussões políticas deixaram de ser debatidas nas instâncias parlamentares.

Devido a essa crise representação, o papel representativo das Cortes pode ser explicado pelo entendimento de que o Judiciário pode compreender e decidir em conformidade com a vontade popular, de maneira a representar melhor seus anseios do que a política ordinária. Ou seja, se o Poder Legislativo nem sempre expressa a vontade da maioria, o Poder Judiciário pode traduzir melhor esse sentimento.

Parte dessa doutrina se fundamenta na ideia de democracia deliberativa, que confere legitimação discursiva: decisões políticas são produzidas a partir de um amplo e livre debate público, no qual as razões para as opções devem ser fornecidas. Dessa forma, as democracias contemporâneas teriam como pilares votos e argumentos<sup>146</sup>. A ideia de constitucionalismo democrático se funda justamente nessas premissas, e as Cortes devem funcionar como representante argumentativo da sociedade<sup>147</sup>:

A proposição fundamental “todo poder provém do povo” exige conceber não só o parlamento como ainda o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem mais um caráter idealístico do que aquela do parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo de que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o que ocorre, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas em nome do povo, contra seus representantes políticos.

Ideia semelhante chegou a ser lembrada no julgamento da ADI 3.510, que versou sobre a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas. Nessa oportunidade, o ministro Gilmar Mendes afirmou que a participação da sociedade, por meio de audiências públicas e do ingresso como *amicus curiae*, teria exercido a chamada “representação argumentativa”.

*Barroso* chama a atenção para o fato de que a função representativa pode, em alguma medida, constituir uma contradição em relação à dificuldade contramajoritária. Isso porque se os órgãos representativos podem não representar a vontade popular, a decisão do Judiciário

---

<sup>146</sup> BARROSO, 2018, op. cit., p. 115.

<sup>147</sup> ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional de Democrático. In *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 53-54.

pode não ser contramajoritária<sup>148</sup>. A título de exemplo, uma decisão emblemática do papel representativo ocorreu nos Estados Unidos no caso *Griswold v. Connecticut*<sup>149</sup>, em 1965. Nessa oportunidade, a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Connecticut que proibia e punia o uso de métodos contraceptivos, inclusive por pessoas casadas. Apesar de não expresso na Constituição norte-americana, houve o reconhecimento do direito à privacidade, que serviu de mote ao entendimento final, expressando o sentimento majoritário na época<sup>150</sup>.

Diferentemente não ocorre no Brasil. Entre os diversos casos em que o Supremo Tribunal Federal assumiu a função representativa está a ADC n. 12<sup>151</sup>, ocasião em que, mesmo ante a ausência de qualquer ato normativo disciplinador, reconheceu-se a constitucionalidade da vedação ao nepotismo com o entendimento de que o princípio da moralidade administrativa, que está expresso no texto da Constituição brasileira, proibia essa prática. Essa proibição foi estendida a todos os poderes da República<sup>152</sup>. Muitas dessas decisões são taxadas de ativistas, mas não se questiona que elas atenderam aos anseios da sociedade, apesar da omissão do parlamento.

Além do papel exclusivamente representativo, Barroso observa que as Supremas Cortes podem desempenhar o que se chama de “papel iluminista”, ou seja, o Judiciário pode empurrar a roda da história quando ela emperrar<sup>153</sup>. O próprio autor reconhece que se trata de função perigosa, justamente por entrar em choque com o ideal democrático, além do risco de transformar o Poder Judiciário em uma instância hegemônica<sup>154</sup>. É exemplo emblemático de decisão iluministas o precedente norte-americano de *Brown v. Board of Education*<sup>155</sup>, quando a Suprema Corte encerrou a segregação racial nas escolas do país, em um julgamento fortemente ativista que mudou por completo a estrutura do país. Essa decisão, certamente, foi o ponto de partida para, além de extinguir a doutrina do *separate but equal*<sup>156</sup>, possibilitar que

<sup>148</sup> BARROSO, 2018, op. cit., p. 116.

<sup>149</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>150</sup> BARROSO, 2018, op. cit., p. 117.

<sup>151</sup> STF. Pleno, ADC 12, rel. Min. Ayres Britto, DJe, 18.12.2009.

<sup>152</sup> STF. Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

<sup>153</sup> BARROSO, 2018, op. cit., p. 117.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>155</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

<sup>156</sup> Trata-se de uma série de medidas legislativas que foram promulgadas entre os anos 1880 e 1960 pelos estados norte-americanos, principalmente do Sul, que implementou a separação entre brancos e negros em uma série de aspectos, como: impossibilidade de associação entre as raças, celas separadas em presídios, proibição de negros

um negro ocupasse o cargo de *justice* da Suprema Corte<sup>157</sup> e, ainda, para que a Nação um dia elegeesse seu primeiro presidente negro. Nesse período, entre as décadas de 50 e 60, época conhecida como período da Corte Warren, uma série de decisões desse gênero foram proferidas, sendo abolidas leis que determinavam a proibição de casamento de pessoas de mesmo sexo, a proibição de autoincriminação, a inconstitucionalidade de leis que proibiam casamento inter-racial.

No Brasil, também é possível identificar algumas decisões de cunho iluminista, como a ADPF n. 132 e a ADI n. 142, ambas relatadas pelo ministro Carlos Ayres Britto, em julgamentos que equipararam as uniões homoafetivas a uniões estáveis heteroafetivas. Essa circunstância possibilitou, posteriormente, o casamento de pessoas do mesmo sexo. Também seguiram outras decisões, como abordo de feto anencefálicos<sup>158</sup> e a criminalização da homofobia<sup>159</sup>, que talvez não fossem uma posição majoritária na sociedade, mas que dificilmente seguiriam pelo caminho do procedimento legislativo ordinário. Muitas vezes, a temática envolve direitos que podem gerar perda de capital político sensível, e o parlamento prefere não decidir a questão e deixar para o âmbito dos tribunais. São casos em que o Legislativo prefere não atuar, por questões eminentemente estratégicas, em uma espécie de “poder de não decidir”. Essa omissão gera um campo a ser preenchido pelo Judiciário, como já explicado. Oscar Vilhena chegou a denominar esse fenômeno de “supremocracia”<sup>160</sup>.

Uma reação muitas vezes natural a uma decisão polêmica das supremas cortes é o chamado efeito *backlash*. Ele ocorre quando há medidas insurgentes contra alguma decisão, normalmente elas ocorrem via parlamento, com a edição de ato normativo que vise superar o entendimento jurisprudencial. No Brasil, houve algumas situações nesse sentido, como na instituição da taxa de iluminação pública, progressividade de alíquotas do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) e, mais recentemente, no caso da vaquejada<sup>161</sup>.

---

e brancos jogarem sinucas juntos, separação de escolas, etc. Ver: PLESSY V. FERGUSON, 1896 SEPARADOS, MAS IGUAIS (?) JOSÉ RICARDO MELO JR. In: BECKER, Rodrigo Frantz. Suprema Corte dos EUA; casos históricos (IDP) (p. 157). São Paulo: Almedina Brasil. Edição do Kindle.

<sup>157</sup> O primeiro negro a ocupar o cargo de *justice* da Suprema Corte norte-americana foi Thurgood Marshall, curiosamente o advogado de Linda Brown no caso Brown v. Board of Education. Posteriormente Clarence Thomas também foi nomeado para o cargo e, no ano de 2022, Ketanji Jackson foi a primeira mulher negra a ser escolhida para a cadeira.

<sup>158</sup> ADPF n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>159</sup> ADO n. 26, Rel. Min. Celso de Mello e MI n. 4.733, Rel. Min. Edson Fachin.

<sup>160</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In *Revista Direito GV*. São Paulo: jul-dez/2008, p. 444.

<sup>161</sup> No julgamento do RE n. 233.3332/RJ o Supremo Tribunal Federal entendeu que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante a instituição de taxa. O Congresso Nacional, como reação aprovou a Emenda Constitucional n. 32/02 que instituiu a taxa de iluminação pública como um tributo distinto da taxa. O mesmo fenômeno ocorreu com a progressividade de alíquotas do IPTU, haja vista que somente com a Emenda Constitucional n. 29/00 é que sua progressividade foi admitida. Já a vaquejada é uma prática cultural do Nordeste brasileiro na qual dois vaqueiros montados em um cavalo derrubam um boi e o puxam. O Supremo

Assim, as democracias se fundamentam na primazia das escolhas políticas do Poder Legislativo e do chefe do Poder Executivo, de modo que a jurisdição constitucional somente deve ser exercida quando envolver uma atuação afrontosa a direito fundamental ou diante de grave comprometimento ao Estado Democrático de Direito. Daniel Sarmiento vislumbra uma “tensão sinérgica” na relação entre os Poderes. Sinérgica pela capacidade que a jurisdição constitucional tem de auxiliar o bom funcionamento da democracia, e tensão porque o controle de constitucionalidade precisa ser manejado com parcimônia, sob pena de revelar-se antidemocrático<sup>162</sup>. A jurisdição constitucional pode ser comparada a um remédio que, em uma dosagem incorreta, torna-se veneno. No entanto, não se trata de uma fórmula pré-definida; muitos fatores específicos podem justificar uma maior proatividade ou uma postura mais autocontida da Corte, como o grau de representatividade, a melhor performance em proteger o direito das minorias, a credibilidade do sistema de justiça<sup>163</sup>.

Inegavelmente, a ascensão do Poder Judiciário gerou mudança nas estruturas sociais e na relação entre os Poderes. Se essa alteração foi positiva ou não encontra compatibilidade com um certo grau de democracia é matéria que requer uma análise para melhor observância de contextos, de *designs* constitucionais e, até mesmo, da história do país. Não há um modelo fechado que seja compatível com realidades tão distintas em um mundo tão plural. Denominar determinada corte de ativista diz muito pouco sobre sua atuação, mas não deixa de ser resultado de uma crítica acerca da insatisfação com o resultado de algum julgamento proferido pelo Poder Judiciário. Como foi observado, o chamado ativismo pode ser conservador ou progressista, a depender de uma série de fatores, a exemplo do que ocorreu na história da Suprema Corte norte-americana.

A judicialização da política é um fenômeno em expansão nas últimas décadas e tem como principal diagnóstico a transferência de instituições com função representativa para os tribunais. No entanto, é preciso observar que o significado de “judicialização da política” também precisa ser empregado em certas e determinadas circunstâncias, muito embora sirva como uma espécie de “guarda-chuva”.

De maneira conceitual, a judicialização da política abrange três processos inter-relacionados<sup>164</sup>. Primeiramente, ela pode ser empregada de forma abstrata para designar a transferência da elaboração de políticas públicas para procedimentos e de regras para

---

declarou inconstitucional sua prática, no julgamento da ADI 4.983, porém o parlamento aprovou a Emenda Constitucional n. 96/17 para permitir sua prática.

<sup>162</sup> SARMENTO, op., cit, p. 31.

<sup>163</sup> GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 196.

<sup>164</sup> HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism And The Judicialization Of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p.142. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

procedimentos judiciais, ou seja, se o tema antes era tratado de maneira informal, agora passa a conter um rito jurídico próprio<sup>165</sup>. Trata-se de resultado do grau de complexidade que as sociedades modernas adquiriram e que ensejou a captura das relações sociais e culturais pelo Direito<sup>166</sup>. Em segundo, de forma mais concreta, a judicialização da política é caracterizada pela expansão da competência das cortes que passam a dar a palavra final no que diz respeito à formulação de políticas públicas, geralmente em casos cuja discussão envolva um princípio constitucional ou norma programática<sup>167</sup>. Assim, a judicialização da política serve de elemento caracterizador dos fenômenos da judicialização das relações sociais e da justiça processual<sup>168</sup>. Deve-se lembrar que esse fenômeno também envolve o âmbito internacional, porque a formulação de políticas públicas sobre inúmeros temas também é objeto de cortes internacionais, de comissões e painéis. Em terceiro, derivada da judicialização da política, ela é chamada por Ran Hirschl de megapolítica (ou política pura), discussões sobre elementos políticos centrais na definição de comunidades inteiras<sup>169</sup>. A judicialização da megapolítica envolve o processo de judicializar questões mais sensíveis que as políticas públicas, como: processos eleitorais; prerrogativas do Executivo em área de planejamento econômico ou segurança nacional; justiça restaurativa; transformação de regimes políticos; identidades coletivas<sup>170</sup>. Esse cientista político explica que a judicialização desses temas transborda e muito as fronteiras da judicialização de políticas públicas tradicionais, por exceder os limites previamente estabelecidos pelos direitos constitucionais e pelo próprio federalismo. Segundo ele, esse seria um caminho necessário para o que chamou de “juristocracia”<sup>171</sup>.

Ao julgar questões de megapolítica, as Cortes se afastam totalmente do aspecto jurídico-técnico de sua atribuição e se inserem em discussões que são eminentemente políticas. Isso porque elas estão muito além do escopo dos direitos fundamentais, do devido processo legal e da própria formulação das políticas públicas ordinárias. Em razão dessa natureza especial, a decisão sobre esses elementos seria exclusivamente política e atribuição de escolhas da própria população. A política pura envolve questões centrais para a própria

---

<sup>165</sup> SIEDER, Rachel et al. (Eds.). *The Judicialization Of Politics in Latin America*. New York: Palgrave MacMillan, 2005, p. 11.

<sup>166</sup> LUHMANN, Niklas. *A Sociological Theory Of Law*. Boston: Routledge e Kegan Paul, 1985, p. 17.

<sup>167</sup> HIRSCHL, op. cit., p. 5.

<sup>168</sup> Ibid., p. 6.

<sup>169</sup> Ibid., p. 8.

<sup>170</sup> Essa última categoria, no original *raison d'être*, seria a mais problemática para fins de judicialização.

<sup>171</sup> A juristocracia seria a consequência do reconhecimento, por parte de elites política e econômicas, de que suas pretensões não encontram respaldo na política majoritária, o que lhes força a firmar alianças com elites do Judiciário. Ver: HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins And Consequences Of The New Constitutionalism*. Cambridge: First Harvard University Press, 2004.

Nação e não devem ser postas à mercê de um tribunal, inclusive pela incerteza de que esse seria o local adequado para resolver o dilema.

Embora tênue a diferença entre judicialização de justiça processual e megapolítica, é importante observar que há uma distinção qualitativa. De um lado, põe-se a discussão acerca de questões procedimentais, enquanto a política pura envolve controvérsias políticas essenciais a serem enfrentadas por toda nação. Em resumo, a diferença entre a judicialização da elaboração de certa política pública e a megapolítica é o grau de importância política, embora não esteja circunscrita a isso, especialmente pela dificuldade conceitual do que seria “político”<sup>172</sup>. Mas não se discorda de que há diferença significativa entre uma decisão em que se questionam os limites procedimentais de determinado processo e outra sobre a legitimidade de determinado regime político ou o reconhecimento de identidade coletiva da nação.

O processo de judicialização da megapolítica confere enormes poderes aos tribunais e pode alijar políticos de implantarem suas plataformas, sejam democráticas ou autoritárias, em graus elevados. Tenha-se, como exemplo, da capacidade das Cortes de decidirem sobre processos eleitorais, como ocorreu no caso *Bush v. Gore*, ocasião em que a eleição teve seu desfecho por decisão da Suprema Corte. Ou, um caso mais complexo, na África do Sul, em que a Corte Constitucional recusou uma proposta de novo texto constitucional, elaborado pelo constituinte originário<sup>173</sup>.

As consequências podem ser medidas com o exemplo de Honduras. A Constituição de 1982 apresentava uma disposição que vedava expressamente a reeleição, sempre compreendida como uma cláusula de supereternidade<sup>174</sup>. Inclusive, políticos seriam removidos do poder e impedidos de buscar novos cargos por tentarem mudar o limite<sup>175</sup>. Em 2009, o ex-presidente Manuel Zelaya testou essa disposição ao convocar um referendo para perguntar se essa disposição deveria ser emendada, com o objetivo de estender seu mandato. Mas o Congresso Nacional expulsou Zelaya e nomeou Roberto Micheletti como novo presidente e, ao mesmo tempo, a Suprema Corte aprovou uma ordem de detenção militar para Zelaya, sob acusações de traição e abuso de autoridade. O Tribunal aplicou o texto

---

<sup>172</sup> HIRSCHL, op. cit., p. 9.

<sup>173</sup> Ver Certification of the amended text of the Constitution of the Republic of S. Afr. 1997 (2) SA 97 (CC); Certification of the Constitution of the Republic of S. Afr. 1996 (4) SA 744 (CC).

<sup>174</sup> ARTICULO 374.- *No podran reformarse, en ningun caso, el articulo anterior, el presente articulo, los articulos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al periodo presidencial, a la prohibicion para ser nuevamente Presidente de la Republica, el ciudadano que lo haya desempenado bajo cualquier titulo y el referente a quienes no pueden ser Presidentes de la Republica por el periodo subsiguiente.*

<sup>175</sup> ARTICULO 239.- *El ciudadano que haya desempenado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrA ser Presidente o Vicepresidente de la Republica. El que quebrante esta disposicion o proponga su reforma, asi como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarAn de inmediato en el desempeno de sus respectivos cargos y quedarAn inhabilitados por diez (10) anos para el ejercicio de toda funcion publica.*

constitucional conforme escrito, interpretando a disposição como formalmente irrevogável. Em 2015, essa mesma Corte adotou um posicionamento contrário, ao permitir, de forma unânime, a reeleição no país. O Judiciário hondurenho foi capaz de desconsiderar uma cláusula que constituía o núcleo do sistema constitucional do país, por meio de uma decisão que seguiu a linha contrária da precedente, cujas consequências foram graves. De forma oblíqua, elaborou uma verdadeira emenda constitucional informal ou, conforme denomina Richard Albert, procedeu a um desmembramento constitucional, compreendido como uma alteração parcial, mas profunda, de uma ou mais partes da Constituição Federal; modificou valores, identidade ou sua arquitetura, sem provocar ruptura da ordem atual nem usar uma emenda constitucional<sup>176</sup>.

Essa interpretação, ao abalar uma cláusula de eternidade, gera, indubitavelmente, uma mudança constitucional importante. Ela não pode ser classificada como uma emenda ou substituição constitucional, porque obviamente não foi realizada por meio de um procedimento legislativo que altera formalmente o texto da Constituição. Embora seja uma mudança constitucional informal, também não é uma mutação constitucional, porque embora a mudança tenha sido realizada por meio de interpretação judicial, ela alterou a identidade ou a estrutura básica da Constituição. A verdade é que, retomando a metáfora de *Elster*, Ulisses foi desamarrado não por quem o amarrou, mas por juízes, os mesmos que são chamados a manter seus laços firmes<sup>177</sup>.

Mais do que simplesmente isso, Tom Ginsburg verifica que esses regimes apoiam essa hipertrofia de Poderes, por vislumbrá-la como um seguro eleitoral, ou seja; com receio de perderem futuras eleições, o constitucionalismo judicial se torna a garantia de que, em caso de derrota, terão a oportunidade de retornar ao poder no futuro<sup>178</sup>. Dessa maneira, existem incentivos estratégicos para o empoderamento do Judiciário. Veja-se que durante o regime do *apartheid* na África do Sul, foi adotada uma emenda constitucional que vedou o exercício do

---

<sup>176</sup> “A constitutional dismemberment, in contrast, is incompatible with the existing framework of a constitution because it seeks to achieve a conflicting purpose. It seeks deliberately to disassemble one or more of a constitution’s elemental parts. A constitutional dismemberment alters a fundamental right, a load-bearing structure, or a core feature of the identity of a constitution. It is a constitutional change understood by political actors and the people to be inconsistent with the constitution at the time the change is made. To use a rough shorthand, the purpose and effect of a constitutional dismemberment are the same: to unmake a constitution. I also suggest in this Article that constitutional dismemberment can occur by judicial interpretation, but I focus primarily on dismemberment outside of courts. Constitutional dismemberment is a descriptive concept, not a normative one. A constitutional dismemberment can either improve or weaken liberal democratic procedures and outcomes”. ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018, p 4.

<sup>177</sup> MENJIVAR, Manuel Adrian Merino When judges unbound Ulysses: the case of presidential reelection in El Salvador. *Int’l J. Const. L. Blog*, Sept. 9, 2021. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2021/09/when-judges-unbound-ulysses-the-case-of-presidential-reelection-in-el-salvador/>>. Acesso em: 15/04/2023.

<sup>178</sup> GINSBURG, Tom. *Judicial Review In New Democracies*. Cambridge University Press, 2009, p. 60-64.

controle de constitucionalidade no país, sob o fundamento, conforme o ex-presidente Paul Kruger, de que o instrumento constituiria em “princípio inventado pelo Diabo”. Porém, após a derrocada do regime, a minoria branca passou a abraçar o constitucionalismo judicial<sup>179</sup>.

## **2.2 *Abusive Judicial Review***

Foi observado que o fenômeno do constitucionalismo abusivo ocorre quando, a pretexto de se cumprir o constitucionalismo, adota-se uma postura aparentemente legítima, mas que torna o Estado menos democrático do que anteriormente era. A forma pela qual a estratégia é utilizada pode variar, desde a aprovação de projetos de lei até modificações constitucionais mais profundas. Também foi analisado que o empacotamento de cortes é um possível movimento para essa prática. Ocorre que existe uma vertente específica do constitucionalismo abusivo que se manifesta por meio do controle de constitucionalidade e que encontra sua justificação na hipertrofia de Poderes, como discutido no item anterior, denominada *abusive judicial review*, de acordo com David Landau e Rosalind Dixon.

Apesar de ser uma instituição voltada à proteção da democracia e à garantia da separação de Poderes, eventual dominação da corte pode fazer a balança da justiça pender para um único lado. Ao se desviar de seu caminho natural, os tribunais podem auxiliar regimes autoritários, ou pretensamente autoritários, a se consolidarem no poder. No entanto, para que seja considerada abusiva, a atuação dos juízes, ao exercerem o controle de constitucionalidade, precisa ferir o “*minimum core*” do constitucionalismo, com base naqueles elementos essenciais, elencados no item 1.2. Conforme Landau e Dixon, a atuação abusiva implica má-fé no exercício da jurisdição constitucional<sup>180</sup>.

De acordo com os autores, ao proferir decisões com valência fortemente antidemocrática<sup>181</sup>, juízes podem distorcer o significado daquilo que é efetivamente constitucional e basear-se em conceitos ou doutrinas, desenvolvidas para proteger a democracia liberal de maneira abusiva, capaz de subverter seu objetivo subjacente e os transformar em ferramentas para atacar o constitucionalismo<sup>182</sup>. Também é possível que

---

<sup>179</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 91-92.

<sup>180</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*. 53 UC Davis Law Review 1313, FSU College of Law, Public Law No. 907, 2020, p.1.326.

<sup>181</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: UnB, 2001. Para fins deste trabalho, adotam-se os elementos de democracia a partir do pensamento de Robert Dahl: (1) eleições livres, justas e competitivas; (2) sufrágio universal adulto; (3) proteção das liberdades civis necessárias para facilitar eleições livres e justas, incluindo liberdade de expressão, imprensa e associação; e (4) a ausência de instituições tutelares não eleitas que limitem as autoridades dos líderes eleitos, p. 97-112.

<sup>182</sup> LANDAU; DIXON, op. cit., p. 1.326

tribunais decidam de modo a causar efeitos antidemocráticos, ainda que sem essa intenção<sup>183</sup>. Isso pode ocorrer em duas circunstâncias: quando juízes realmente acreditam que, ao interpretar uma lei ou o texto constitucional, é possível concluir que seu resultado é antidemocrático e quando se opta por um resultado antidemocrático por razões de prudência<sup>184</sup>.

Apesar dessa possibilidade, é muito difícil concluir que interpretações de normas com alta carga axiológica possam conduzir, unicamente, a um resultado antidemocrático. Em razão disso, Pozen compreende que, em se agindo dessa maneira, a má-fé também está presente<sup>185</sup>. Assim, não seguir os próprios padrões interpretativos é um forte indicativo de que o tribunal pode estar envolvido em alguma forma abusiva de controle de constitucionalidade.

Quando as cortes se engajam intencionalmente em formas antidemocráticas de jurisdição constitucional, algumas evidências são mais comuns, pois geralmente se materializam por meio de interpretações que buscam tomar por empréstimo doutrinas da democracia liberal de forma incompleta. Exemplos: quando se adota a forma, mas não a substância das normas democráticas constitucionais; quando agem de forma seletiva por meio da escolha de determinados elementos do constitucionalismo democrático liberal; quando interpretam fora de contexto e ignoram as diferenças de onde a doutrina foi importada; quando se inverte a intenção da norma, cujo resultado é o oposto do que foi definido originalmente<sup>186</sup>.

Ao serem capturadas, as cortes se engajam em formas conscientes de *abusive judicial review* e podem empregar todas essas técnicas para conciliar seus antigos precedentes e o novo raciocínio jurídico ortodoxo com efeitos antidemocráticos. Uma forma sofisticada de decidir seletivamente é, ao invés de simplesmente ignorar o precedente em vigor, invocar a nova doutrina fora de contexto para superá-lo, mesmo que ausentes as condições jurídicas, sociais ou políticas que apoiariam o uso dela. Também pode ocorrer de maneira mais explícita, utilizando-se determinada tese contra oponentes políticos, mas o mesmo raciocínio não se aplicando aos aliados<sup>187</sup>. O uso inconsistente de metodologias ou de interpretações extremamente irracionais da lei são entendidas como forte evidência de má-fé<sup>188</sup>.

---

<sup>183</sup> Ibid., p. 1.326.

<sup>184</sup> Ibid., p. 1.327.

<sup>185</sup> POZEN, David. Constitutional Bad Faith. *Harvard Law Review*, v. 129, p. 885, 2016, p. 920.

<sup>186</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing* (Oxford Comparative Constitutionalism). Oxford: OUP Oxford, 2021, p. 36-56. Edição do Kindle.

<sup>187</sup> LANDAU; DIXON, op., cit. p. 1333.

<sup>188</sup> POZEN, op. cit., p. 925.

O uso abusivo da *judicial review* é apenas mais uma entre as diversas ferramentas que estão à disposição de líderes pretensamente autoritários para erodir o sistema democrático, ou seja, o aparelhamento do tribunal é apenas parte de uma estratégia mais ampla. Em razão dessa circunstância é que se pode conceituar a *abusive judicial review* como uma ferramenta nas mãos de atores políticos antidemocráticos, ao lado de outras, como emendas formais, mudanças legais e modificações da ordem normativa por meio de alterações informais<sup>189</sup>.

A grande diferença do ponto aqui abordado é que os tribunais, mais do que pertencerem a um regime subjacente, o que os coloca em maior alinhamento com a ideologia que governa, exercem um papel particular na derrocada do regime democrático. Não se trata de uma decisão isolada, mas de um conjunto de atos com intenção de atingir determinado fim antidemocrático. Geralmente, quando isso ocorre, não existe um mero alinhamento ideológico, mas uma verdadeira captura. Essa dominação dos tribunais, se obtido sucesso, tem recompensas extremamente altas.

Observa-se que a estratégia por de trás do abuso da jurisdição constitucional consiste em imbuir o regime da credibilidade do Poder Judiciário. Afinal, é possível, como já foi descrito, que ao interpretar normas constitucionais as Cortes rompam restrições que, aparentemente, constam do texto constitucional, sem chamar tanta atenção ou sem gerar indignação. Dessa maneira, sua função é tornar os passos da estratégia autoritária menos visíveis. Essa prática foi denominada por *Varol* de “autoritarismo furtivo”, quer dizer, uso de mecanismos legais, com credenciais democráticas, para fins de erosão do regime democrático, com o objetivo de criar discordância significativa entre aparência e realidade, ao esconder práticas antidemocráticas sob a máscara da lei<sup>190</sup>. Quando o Judiciário atua dessa maneira, ajuda a promover a imagem do regime perante atores domésticos e internacionais, pois poderá repelir críticas antidemocráticas com a chancela judicial, supostamente imparcial.

Para capturar os membros de determinada corte, os regimes se utilizam de diversos meios, como ameaças, subornos e, até mesmo, campanhas midiáticas de desqualificação dos membros do Judiciário. Um exemplo dessa circunstância ocorreu em Fiji, após o golpe militar em 2006, quando houve relatos de que casas de juízes foram queimadas<sup>191</sup>. Outros casos mais comuns foram citados anteriormente: aumento do tamanho da Suprema Corte, aposentadoria de seus membros e nomeação de juízes capturados pelo regime.

---

<sup>189</sup> LANDAU; DIXON, op., cit. p. 1334.

<sup>190</sup> VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, n. 100, p. 1683-1685, 2015

<sup>191</sup> DIXON; LANDAU, op., cit. p. 89.

Outra forma de tentar capturar uma corte é por meio de remoção de seus membros via *impeachment*, sob alegação de má-conduta. Essa foi a estratégia utilizada pelo regime de Evo Morales, que iniciou procedimentos de impedimento contra três juízes do Tribunal Constitucional Plurinacional, a mais alta corte da Bolívia, depois que eles proferiram decisões contra o governo. Ao final, todos os três foram removidos do tribunal<sup>192</sup>.

Ao invés de atacar membros de forma individualizada, o regime pode, também, visar o tribunal como instituição, ao tentar dificultar seu funcionamento. Para tanto, algumas estratégias são adotadas, como: cortes de orçamento, ausência de publicação das decisões, aprovação de legislação que limita a jurisdição da corte e, até mesmo, recusa no cumprimento das ordens judiciais. Quando o alvo passa a ser a instituição, o objetivo é minar sua confiança e prestígio, tornando-o um mero órgão burocrático sem possibilidade alguma de garantir a separação de Poderes. Na história constitucional brasileira, cita-se a previsão contida no art. 96, parágrafo único, da Carta de 1937, que possibilitava ao presidente submeter as decisões de inconstitucionalidade do Supremo ao exame do parlamento<sup>193</sup>. Essa disposição somente foi revogada em 11 de dezembro de 1945, pela Lei Constitucional n. 18, já sob a presidência de José Linhares.

Essa estratégia é uma alternativa ao *court-packing* e denomina-se *court-curbing*. Muitas vezes o *court-curbing* é utilizado como estágio anterior ao *court-packing*, ocasião em que procede-se ao sucateamento da corte para posteriormente capturá-la.

Dixon e Landau classificam a *abusive judicial review* de duas formas: *weak* e *strong*<sup>194</sup>. A diferença entre ambas é autoexplicativa, pois a forma mais fraca de abuso ocorre quando os tribunais chancelam determinada legislação ou alguma ação do Executivo que minam de forma significativa o núcleo mínimo do constitucionalismo, legitimando movimentos antidemocráticos. Já o controle de constitucionalidade abusivo de característica "forte" se materializa no caso de os tribunais atuarem de forma proativa para remover ou erodir as proteções democráticas em si mesmas.

Embora ambos os casos sejam classificados como meios de exercício de uma jurisdição constitucional abusiva por parte dos tribunais, percebe-se que, na modalidade mais

---

<sup>192</sup> Ibid., p. 89-90.

<sup>193</sup> Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

<sup>194</sup> Ibid., p. 94.

fraca, o Judiciário pratica o que se pode denominar de “teoria da cegueira deliberada”<sup>195</sup>. Isso porque ele ignora que a legislação aprovada impacta negativamente o sistema democrático. Um exemplo disso se deu no Equador, em 2015, quando a Suprema Corte permitiu que Rafael Corrêa eliminasse os limites da reeleição presidencial, por meio de um procedimento menos exigente de mudança constitucional, com posterior aprovação do Congresso<sup>196</sup>.

A modalidade forte é quando as cortes se engajam de forma mais robusta no processo de erosão democrática, como ocorreu no exemplo referido do item 2.1. A Suprema Corte de Honduras permitiu a reeleição presidencial sob efeito da cláusula de supereternidade que constava expressamente na Constituição e proibia a prática. No entanto, além de atuar na reinterpretação do texto constitucional, também é possível a importação de doutrinas para a obtenção de resultados distintos daquele para o qual a tese foi desenvolvida. É o caso do uso da teoria da “democracia militante” no Camboja.

Após o período pós-Guerra, a Lei Fundamental alemã passou a prever a possibilidade de se proibir a participação de partidos políticos, de movimentos ou políticos antidemocráticos em processos eleitorais, com o objetivo de impedir sua ascensão ao poder, como ocorreu no passado<sup>197</sup>. A partir da influência alemã, diversos países passaram a prever a possibilidade de os tribunais banirem esses agentes, desde que demonstrado seu caráter anticonstitucional. Afinal, as instituições precisam ser vigilantes na proteção da democracia liberal. Eventual vitória eleitoral de pessoas com características antidemocráticas pode ser suficiente para romper o regime constitucional<sup>198</sup>. O Tribunal Constitucional da Alemanha utilizou os poderes da democracia militante em duas oportunidades: para banir o partido nazista, que foi reconstruído, e o comunista, em razão do regime comunista da Alemanha Oriental<sup>199</sup>.

Percebe-se que a democracia militante foi desenvolvida como instrumento de proteção do sistema democrático ante líderes autoritários, o que serviria ao propósito de evitar que eles sequer participassem do jogo eleitoral. A questão é que esse instrumento também pode ser utilizado para minar adversários políticos e consolidar políticos autoritários no poder. Foi o

---

<sup>195</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada En Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 196. A teoria da cegueira deliberada teve origem em 1861, na Inglaterra, quando a corte inglesa entendeu que a cegueira intencional, nas circunstâncias de o réu ter conhecimento do caráter ilícito e optar por fechar os olhos ao que descobriu, ensejaria culpa. Porém, foi consolidada jurisprudencialmente no julgamento do caso *Spurr v. United States*, em 1899, não como uma equiparação de culpa, mas na posição de garante, por um dever de saber.

<sup>196</sup> DIXON; LANDAU, op., cit. p. 95.

<sup>197</sup> MACKLEM, Patrick. Macklem, Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination, *4 Int'l J. Const. L.* 488, 491, 2006, p. 488-491.

<sup>198</sup> ISSACHARROFF, Samuel. Fragile Democracies. *Harvard Law Review* n. 1405, 2006, p. 17-32.

<sup>199</sup> KOMMERS, Donald P; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3 ed, Durham: Duke, 2012, p. 290.

que ocorreu no Camboja, em 2017, quando a Suprema Corte banuiu o partido de oposição *National Rescue Party* e proibiu mais de 118 líderes partidários de participação em atividades políticas pelo prazo de cinco anos. O partido dominante é o Partido Popular do Camboja, que havia se consolidado no poder e empacotado a Corte. Em 2013, houve a virada partidária do *National Rescue Party* que quase obteve controle do parlamento. Porém, o Partido Popular do Camboja judicializou as eleições por meio do ministro do interior, sob o fundamento de fraude e de envolvimento de atores americanos nas eleições. O tribunal aceitou todas as acusações e baseou-se nos princípios da democracia militante, mas de maneira seletiva e descontextualizada. A consequência foi a dissolução do *National Rescue Party*, que perdeu suas 55 cadeiras, de um total de 125 no Parlamento. Após a realização de eleições suplementares em julho de 2018, ausente qualquer oposição efetiva, o Partido Popular do Camboja ganhou todas as 125 cadeiras do Parlamento.

Observa-se que a vagueza dos critérios que a Corte utilizou é diferente dos padrões desenvolvidos na Alemanha e em alguns outros sistemas democráticos. Essa vagueza de critérios pode ter sido utilizada contra um partido de oposição que buscava ganhar poder eleitoralmente e, na verdade, havia conseguido formar uma ampla coalizão. Isso, além de atender ao clamor social que se manifestava por meio de protestos e reclamações sobre a lisura das eleições, bem como sobre o uso da máquina do Estado como ferramenta para reprimir lideranças<sup>200</sup>.

Há outros exemplos, como o caso tailandês<sup>201</sup>. Mas o importante é consignar como o exercício irregular da jurisdição constitucional é capaz de inserir o Estado em situação de grave crise democrática. Muitas são as possibilidades, como a remoção dos limites da reeleição, o uso da democracia militante para barrar a oposição, a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais, o desmembramento do núcleo essencial de uma Constituição, a realização chancelada de nova constituinte e a condenação criminal de autoridades. Basta a vontade do líder autoritário e a captura da corte.

### **2.3 Limites estratégicos**

A cooptação das Cortes é um elemento relativamente prevalente nos processos atuais de mudança constitucional abusiva, muito embora não sejam universais. Agentes autoritários,

<sup>200</sup> DIXON; LANDAU, op., cit. p. 104-106.

<sup>201</sup> TONSAKULRUNGRUANG, Khemthog. Entrenching the Minority: The Constitutional Court in Thailand's Political Conflict. *26 Washington LJ* 247, 258, 2017, p. 252-255. Entre os anos de 2005 e 2015, a Suprema Corte da Tailândia proferiu decisões que invalidaram as eleições parlamentares de 2006, removeu três Primeiros-Ministros, dissolveu a maioria dos partidos políticos do país e impediu que a maioria de seus líderes buscassem cargos políticos.

algumas vezes, optam por deixar os tribunais independentes e intactos. Já outros mantêm uma relativa independência judicial, embora limitem algumas matérias mais sensíveis. E ainda outros tentam marginalizar completamente o Judiciário. Em alguns regimes totalmente autoritários, os líderes políticos podem optar por ter o controle de suas Supremas Cortes, uma vez que já que controlam todo o Estado. Contudo, em regimes “híbridos”, que passam pela transição de um estado democrático para um autoritário – casos em que ainda não se tem o controle total dos ramos do Estado – o controle das Cortes se apresenta como um dos principais objetivos.

Ao capturar a cúpula do Poder Judiciário, o regime precisa transmitir a impressão de que esse órgão permanece independente e imparcial. Essa falsa imagem de independência pode ser influenciada, em última análise, por três fatores principais: sinais explícitos e implícitos de influência ou de controle político sobre o tribunal; modo como os juízes exercem a interpretação das normas constitucionais; história de como o controle de constitucionalidade era exercido no país, a partir de seus precedentes<sup>202</sup>. A cultura de independência judicial é outro elemento interessante, na medida em que tribunais com histórico de independência mais forte são mais difíceis de capturar. É que eles são encorajados a agir com resistência à pressão política externa e, em alguns casos, possuem apoio mais amplo na sociedade civil.

Ao tentar influenciar um tribunal, políticos autoritários buscam manter a aparência de respeito pela independência judicial para utilizar a jurisdição constitucional como elemento de legitimidade. Porém, essa estratégia pode funcionar como uma faca de dois gumes, pois, ao nomear juízes com alguma reputação de independência judicial, ele pode se virar contra o regime. Em razão disso, como já mencionado, é possível que se opte por enfraquecer a corte e minar suas atribuições, mesmo que isso signifique sacrificar os benefícios do regime com a jurisdição constitucional como elemento de legitimidade.

Ocorre que essa medida, por mais que seja realizada de maneira sutil, pode ter custos significativos. Uma linha de estudos, por exemplo, sugere que até mesmo atores autoritários às vezes capacitam tribunais independentes para atrair ou reter investimentos estrangeiros. Mas para que isso ocorra os regimes precisam fazer, ao menos, um compromisso crível com a independência judicial. Além disso, já foi observado que um dos primeiros alvos da estratégia é capturar o cargo de presidente da Corte, haja vista esse cargo ser a chave para influenciar a

---

<sup>202</sup> DIXON LANDAU, op., cit. p. 113.

posição ideológica do tribunal, especialmente no que se refere aos poderes administrativos que lhe são atribuídos<sup>203</sup>.

Como Ginsburg sugeriu, a manutenção da independência também pode servir como mecanismo de seguro para forças políticas fora do poder. Nesse caso, os regimes também devem considerar que uma tentativa malsucedida de tomar o poder através do Judiciário pode se voltar contra eles, ou seja, pode tornar o Judiciário menos útil como forma confiável de seguro, no caso de o regime perder o poder posteriormente<sup>204</sup>.

Tamir Moustafa e Ginsburg catalogam as diferentes funções que os tribunais exercem em regimes autoritários: estabelecer o controle social e marginalizar oponentes políticos; reforçar a reivindicação de legitimidade "legal" do regime; fortalecer a conformidade administrativa dentro da própria maquinaria burocrática do Estado e resolver problemas de coordenação entre grupos concorrentes dentro do regime; facilitar o comércio e o investimento; implementar políticas controversas de forma a permitir distanciamento político dos elementos centrais do regime<sup>205</sup>.

Nesses relatos estratégicos, as constituições e os tribunais servem aos objetivos dos governantes autoritários, permitindo-lhes fazer compromissos críveis e aumentando o custo de violar as disposições constitucionais.

Todas essas estratégias têm seu custo, com ganhos e perdas. A questão é compreender o contexto político e social, o histórico cultural do país e a percepção internacional sobre a independência do Poder Judiciário. Isso justifica, mesmo que parcialmente, a razão de a captura de tribunais constitucionais não ser uma estratégia utilizada por todos os potenciais autoritários. Em alguns casos, a demanda por segurança política ou o desejo de atrair investimentos estrangeiros pode ser motivo suficiente para preservar a independência judicial intacta ou mantê-la enquanto limita certas questões. Outros regimes podem optar por marginalizar completamente os tribunais, em razão da incapacidade de captura completa da Suprema Corte.

O próprio *desgin* constitucional caracteriza uma limitação à atuação estratégica de líderes autoritários. No Brasil, por exemplo, a pluralidade de partidos pressupõe a necessidade de diálogo com todos os espectros políticos. É uma circunstância que dificulta desde o

---

<sup>203</sup> BLISA, Adam; KOSAŘ, David. Court Presidents: The Missing Piece in the Puzzle of Judicial Governance. *German Law Journal*, 2018, p. 2.041-2.052.

<sup>204</sup> GINSBURG, op., cit. p. 60-64.

<sup>205</sup> GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. *Rule By Law: The Politics Of Courts In Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 73-101.

procedimento para emendar a Constituição até obter sucesso na indicação de nomes para o Supremo Tribunal Federal.

Muitas dessas estratégias e desses limites foram observados em alguns países, desde regimes autoritários até regimes híbridos, com uma maior ou menor eficácia. O aprofundamento do que ocorreu neles é essencial para se compreender como o fenômeno se manifesta nesses lugares.

#### **2.4 Um olhar mais profundo sobre o *court-packing* anticonstitucional**

O estudo sobre a forma dos novos regimes autoritários parte da análise de contextos, especialmente para que se estabeleça a demarcação entre o constitucionalismo abusivo e o jogo duro constitucional. É necessário compreender como as democracias são atacadas por meio de movimentos estratégicos, calculados para obterem resultados anticonstitucionais, com base em regras do jogo democrático. O empacotamento das cortes, quando inseridas no constitucionalismo abusivo, ocorre de forma sutil e geralmente envolve a cooptação de outros setores do Estado, haja vista cada “pedaço” das instituições ser essencial para o sucesso do autoritarismo. Nesse sentido, Tarun Khaitan explica que a democracia morre a partir de mil cortes, ou seja, a prática de movimentos anticonstitucionais acontece como um corte de cada vez, até que não reste nada<sup>206</sup>.

Pesquisas sobre essa nova modalidade de autoritarismo observaram que muitos países mergulharam nessa realidade. Porém, os focos principais de análise são Polônia, Hungria e Venezuela. Atualmente, cada um desses países encontra-se em um diferente grau democrático, conforme pode-se apurar no índice do *The Economist*<sup>207</sup>. Essa publicação classifica a Polônia e a Hungria como países em que a democracia é imperfeita<sup>208</sup>. Ainda que inseridos no mesmo ranking, o quadrante dos dois países é distinto, com maior grau de antidemocracia atribuído à Hungria. Já a Venezuela está classificada como regime autoritário.

Neste capítulo, será analisado o que ocorreu no contexto desses países para que a captura das Cortes não fosse enquadrada como mero jogo político tradicional, mas como um verdadeiro movimento anticonstitucional.

---

<sup>206</sup> KHAITAN, Tarun. Killing a Constitution with a Thousand cuts: Executive Aggrandizement and Party-State Fusion in India. 14 *Law & Ethics of Human Rights* 49, 2020, p. 1.

<sup>207</sup>O index do ranking democrático do *The Economist* pode ser visualizado em: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2022/> Acesso em: 05/04/2023.

<sup>208</sup> TUSHNET, Mark; BUGARIC, Bojan. *Power to the People*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 43. Tushnet e Bugaric os classificam como semi-autoritários.

## Hungria

A Hungria foi mais um país que deixou o antigo bloco soviético no período pós-Guerra Fria. Embora ocupada por soviéticos, após a Segunda Guerra Mundial, permaneceu como Estado soberano, segundo a compreensão socialista. Sua Constituição comunista, de 1949, foi emendada para que sofresse alterações. As modificações constitucionais mudaram as estruturas do país, que passou a prever eleições multipartidárias, separação de poderes e oficializou a formação da República Democrática da Hungria. Esse novo marco constitucional também inaugurou a Corte Constitucional húngara, principal guardiã dos perigos majoritários de um sistema parlamentar unicameral. Ao contrário de uma Suprema Corte ao modo tradicional, a Hungria instituiu um Tribunal Constitucional puro, único órgão do Judiciário autorizado a ouvir e a decidir questões constitucionais. Com essa responsabilidade singular, a Corte foi moldada a ser receptiva à população húngara, que então experimentava um momento democrático. Praticamente qualquer pessoa teria acesso à jurisdição do Tribunal. A possibilidade era de o cidadão, individualmente, provocar a análise da constitucionalidade das leis por meio da *actio popularis*.

Seu funcionamento iniciou-se em 1990, sob a chefia de seu primeiro presidente, László Sólyom, e desde o início, o Tribunal foi marcado por uma atuação fortemente ativista. Assim, em seus primeiros anos, emitiu uma série de decisões que invalidavam leis sobre temas sensíveis, como a pena de morte e a discriminação por orientação sexual. Análises apontam que, entre 1989 e 1995, o tribunal anulou um terço de todas as normas que foram objeto de sua jurisdição constitucional. Isso durou até o final do primeiro mandato de nove anos de Sólyom, em 1998, o qual não foi reconduzido pelo novo Primeiro Ministro Viktor Orbán. Ele foi substituído por um juiz mais tradicional, János Németh.

Desde a inauguração, o Tribunal Constitucional manteve cada governo sob restrições constitucionais, independentemente da inclinação política do momento. A indicação precisava da aprovação da maioria dos partidos políticos em votação de dois terços do Parlamento, o que impediu sua cooptação e manteve o equilíbrio entre as visões políticas representadas no Judiciário.

Além da Suprema Corte, havia a previsão de atores que garantiriam a *accountability* do governo. Entre eles, quatro *ombudsmen* e alguns órgãos independentes: Banco Central, o Escritório de Auditoria Estatal, o Escritório do Procurador Geral, a Comissão Eleitoral Nacional e o Conselho de Mídia. Assim, mesmo que se tratasse de um sistema unicameral, o período pós 1989 garantiu que não houvesse atropelos às garantias democráticas e a um

judiciário independente e imparcial. Havia ainda uma regra relativamente simples de emenda à Constituição: bastava dois terços do parlamento unicameral. Como se tratava de uma democracia recente, optou-se por uma regra mais simples com o objetivo de suavizar eventuais necessidades de adaptação ao novo regime<sup>209</sup>. Dessa forma, em 1995, foi promulgada uma emenda constitucional prevendo a possibilidade de se escrever uma nova Constituição, desde que aprovada por quatro quintos do Parlamento. Com uma regra rígida, seria inviável a realização de uma constituinte sem a concordância da oposição.

Ao vencer as eleições de 1998, o Fidesz<sup>210</sup>, partido de Viktor Órban, tentou realizar uma série de mudanças, mas não detinha a maioria necessária para tanto. Ele também foi derrotado nas eleições de 2002. A situação tornou-se mais delicada em 2010, quando Órban retornou ao poder em meio à crise financeira global e à má gestão econômica do Partido Socialista, com supermaioria. Como a regra de dois terços não foi alterada para proteger o *quórum* de quatro quintos para reescrever a Constituição, o Fidesz utilizou sua maioria (dois terços) para abolir a necessidade de quatro quintos e pôde escrever uma nova Constituição por conta própria, sem precisar da concordância da oposição.

Essa nova Constituição foi elaborada em segredo, sem participação dos partidos de oposição, das organizações da sociedade civil ou da população em geral, que não tiveram qualquer influência no processo constitucional, ou seja, ela foi imposta sem ratificação popular. Além disso, o projeto foi apresentado ao Parlamento com apenas um mês para debate. Sua votação somente contou os votos dos políticos do Fidesz, resultando que a Constituição húngara é a Constituição de um único partido<sup>211</sup>.

Em 2012, houve a aprovação de uma nova Constituição, cuja característica envolve uma maior concentração de poderes no Poder Executivo e menos contenção de seus limites. O partido mirou fortemente tanto nos tribunais constitucionais quanto nos tribunais ordinários. Em relação ao Tribunal Constitucional, a nova Constituição expandiu o número de juízes de onze para quinze, e o governo as preencheu com seus aliados políticos por meio de uma votação direta de dois terços, abandonando o procedimento de consenso anterior. O fato deixou a oposição sem voz nas nomeações<sup>212</sup>. Além disso, restringiu a jurisdição da Corte ao proibir o controle de constitucionalidade em leis que tivessem impacto orçamentário, com

<sup>209</sup> TUSHNET; BUGARIC, op. cit., p. 86-87.

<sup>210</sup> Partido criado por Viktor Orbán e alguns companheiros, que adotava uma ideologia liberal e anticomunista. Após a segunda assunção ao poder, eles passaram à um conservadorismo mais extremista.

<sup>211</sup> SCHEPPELE, Kim. Understanding Hungary's Constitutional Revolution. In: BOGDANDY, Armin Von; SONNEVEND, Pál (eds.). *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*. Oxford University Press, Oxford, 2015, p.111.

<sup>212</sup> GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? 53 *Colum J Transnat'l L* 285, 2015, p. 295-297.

exceção de atos que infringissem determinados direitos<sup>213</sup>. Também houve o esvaziamento da *actio popularis*, que foi substituída por uma espécie de reclamação constitucional, semelhante ao direito alemão, cujo instrumento serve para revisão em concreto, desde que esgotados os demais meios recursais. O sistema de controle abstrato foi restringido, prevalecendo um modelo de análise em concreto. Os indivíduos que podiam contestar as leis deviam mostrar que foram prejudicados pela aplicação de uma norma potencialmente inconstitucional.

Em 2013, houve a edição da “Quarta Emenda”, cuja função foi anular todas as decisões do Tribunal, anteriores à nova Constituição, de modo que elas não poderiam ser invocadas como precedentes. O resultado foi a exclusão de vinte anos de jurisprudência de proteção a direitos fundamentais, o que gerou uma enorme lacuna no sistema normativo do país. Para atenuar essa situação, a Corte Constitucional aderiu a uma regra de transição: sempre que a interpretação da antiga e da nova Constituição for a mesma, os precedentes ainda seriam válidos. Essa alteração ainda proibiu que a Corte realizasse controle de constitucionalidade sobre o aspecto material das emendas constitucionais, que restaria limitado à observância das formalidades do processo legislativo<sup>214</sup>.

Com a edição de uma nova lei que regulamentou o Judiciário, foi exigido que o presidente do Supremo Tribunal tivesse, pelo menos, cinco anos de experiência judicial húngara, o que desqualificou e tornou inelegível o presidente em exercício, András Baka, que havia servido na Corte Europeia de Direitos Humanos por 17 anos<sup>215</sup>. Essa mesma lei também reduziu a idade de aposentadoria dos juízes de 70 para 62 anos, o que resultou na aposentadoria compulsória de mais de 200 juízes<sup>216</sup>, bem como instituiu um “Escritório Judicial Nacional”, liderado por uma única pessoa com o poder de substituir juízes aposentados, de nomear futuros juízes e de mover qualquer juiz em exercício para um tribunal diferente<sup>217</sup>. O presidente do Escritório Judicial Nacional é eleito por dois terços do Parlamento e tem poder para contratar, demitir, promover, rebaixar e disciplinar todos os

<sup>213</sup> TUSHNET; BUGARIC, op. cit., p. 89. Mudança motivada por uma decisão anterior da Suprema Corte que considerou inconstitucional um imposto retroativo de 98% sobre a compensação dos servidores públicos do Estado. Com isso, o Fidesz recebeu um “cheque em branco” para adotar medidas financeiras sem a preocupação de ver frustrada sua ação, via judiciário. .

<sup>214</sup> SCHEPPELE, op. cit., p.112-117. Um caso emblemático é a liberdade de religião. Embora a Constituição húngara a preveja, a 4ª emenda dispôs em contrário, passando a exigir a aprovação de 2/3 para reconhecer uma nova igreja. Como a aprovação foi formal, a Suprema Corte nada pode fazer. O mesmo ocorre com a liberdade de expressão, prevista mas restringida pela emenda que proíbe difamar a nação húngara.

<sup>215</sup> GARDBAUM, op. cit., p. 296.

<sup>216</sup> Caso C-286/12 *Commission v Hungary* (2012) 1 CMLR 1243; ‘EU Court Orders Poland to Halt Court Retirements Law’ (BBC News, 19 October 2018) Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-45917830> [https://perma.cc/DLU6-6WET]; Jennifer Rankin, ‘EU Court Rules Poland’s Lowering of Judges’ Retirement Age is Unlawful’ (The Guardian, 24 June 2019) Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2019/jun/24/eu-court-rules-polands-lowering-of-judges-retirement-age-unlawful>.

<sup>217</sup> GARDBAUM, Stephen. op. cit., p. 297.

juízes do sistema, sem qualquer supervisão de qualquer outra instituição<sup>218</sup>. Como se não fosse suficiente, essa mesma autoridade possui o poder de mover qualquer processo judicial entre os diferentes órgãos do Poder Judiciário, podendo transferir determinado caso de um tribunal para outro<sup>219</sup>.

Ao utilizar sua maioria no parlamento, o Fidesz emendou a Constituição anterior por 12 vezes e ainda promulgou uma nova, atribuindo-se um poder quase ilimitado, sem que o Judiciário pudesse agir para coibir excessos. Os novos juízes indicados pelo Fidesz quase sempre votam a favor da posição do governo, sendo que alguns desses magistrados simplesmente profere seu voto sem fundamentar qualquer de suas razões<sup>220</sup>.

Como mencionado anteriormente, o problema das alterações substanciais nas instituições de Estado não significa, necessariamente, que ele esteja sendo conduzido para um regime menos democrático. Em outras palavras, a exclusão de um único *veto gate* não indica que o movimento seja antidemocrático, pois é preciso que seja observado o contexto dos demais órgãos, bem como seu reflexo para com os *standards* do constitucionalismo “fino”: observância da regra da maioria; quórum mais elevado para mudanças na Constituição; sistema político representativo; e independência judicial.

A independência judicial húngara foi minada pelas modificações constitucionais e legais instituídas pelo Fidesz. A possibilidade de existir uma concorrência eleitoral também foi comprometida, na medida em que o partido de governo não necessita de qualquer coalizão ou diálogo com a oposição para modificar as estruturas básicas do Estado, ou seja, não há oposição política na Hungria. A existência de um *quórum* específico para emendas é apenas ilusório, pois o partido de governo detém número suficiente para mudanças constitucionais sem participação da oposição, justamente a circunstância que justifica uma maioria qualificada para fins dessas mudanças especiais. Somente a regra da maioria é observada na Hungria, o que é insuficiente para manter os elementos mínimos de um Estado democrático.

A despeito de tudo isso, deve-se destacar que não apenas o Judiciário, mas diversos outros órgãos do Estado foram capturados. A Comissão Eleitoral, atualmente, é controlada pelo Fidesz. Houve a reorganização da agência reguladora de mídia, que passou a contar com um “Conselho de Mídia, cujos membros são todos pertencentes ao partido do governo. O presidente foi eleito pelo Fidesz e é vice-presidente do partido<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> A atual presidente do órgão é a esposa de Szájer, uma amiga próxima de Orbán.

<sup>219</sup> SCHEPPELE, Kim. op. cit., p.119.

<sup>220</sup> Ibid., p. 116.

<sup>221</sup> TUSHNET; BUGARIC, op. cit., p. 89-90. Na Hungria o presidente possui alguns poderes que podem influenciar no jogo político. Ele pode vetar leis, enviar projetos de leis ao parlamento para iniciar processo de

Com o poder de vetar qualquer orçamento aprovado pelo parlamento, desde que tenha impacto negativo na dívida nacional, a Lei Fundamental criou o Conselho Orçamentário, outro órgão comandado pelo Fidesz. Também o escritório de auditoria estatal, antes conhecido por sua independência, atualmente é liderado por um ex-membro do mesmo partido com um mandato de 12 anos. Da mesma forma, o novo procurador-geral foi eleito por uma maioria parlamentar de dois terços para um mandato de nove anos. É possível perceber que o longo mandato dos membros desses órgãos é capaz de entrincheirar aliados políticos na eventualidade de o partido perder o poder, o que gera outro problema.

Existe uma questão de cultura constitucional que é importante para entender a domesticação da Corte Constitucional: a Hungria não tem um sistema de cláusulas pétreas, o que facilita a movimentação política no sentido de remover disposições que, em outros estados, seriam imutáveis. No Brasil, em contrapartida, mesmo que se obtenha *quórum* suficiente para alterar a Constituição, não seria possível eventual proposta que pretendesse revogar a forma federativa de Estado, por exemplo. A distinção entre poder constituinte originário e poder derivado também inexistente no país europeu, haja vista que escrever uma nova Constituição ou emenda-la está sujeita ao mesmo *quórum*.

A doutrina das “emendas constitucionais inconstitucionais”<sup>222</sup> nunca foi adotada pela Suprema Corte, mesmo antes da modificação que proibiu o controle de constitucionalidade material das emendas constitucionais, ainda mais se se considerar a ausência de divisão entre poderes constituintes, originário e derivado. Não que o Judiciário já não tenha barrado uma constituinte, como ocorreu na África do Sul. Mas essa prática não faz parte da cultura constitucional dos húngaros no novo período democrático.

Outro fator de influência na estratégia utilizada pelo Fidesz é a facilidade de obtenção do controle do parlamento, ante o sistema unicameral. É que a ausência de uma segunda casa legislativa não permite a contraposição por meio de controle de medidas mais extremas. Isso cadenciaria as propostas legislativas, tornando-as mais proporcionais e sujeitas a balizas mais restritas, especialmente naquilo que envolver modificações estruturais das demais instituições.

---

revisão e, também, deflagrar revisão constitucional na Corte Constitucional.

<sup>222</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits Of Amendment Power*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 197. "Emendas Constitucionais Inconstitucionais" é um conceito proposto pelo professor Yaniv Roznai, que se refere a emendas à Constituição que violam o próprio texto constitucional ou princípios fundamentais do Estado de Direito. Segundo Roznai, as emendas constitucionais inconstitucionais são aquelas que visam a alterar a estrutura ou os fundamentos da Constituição de tal forma que a própria Constituição não consiga mais se proteger de mudanças arbitrárias ou abusivas. Elas não são apenas ilegais, mas também ilegítimas, uma vez que violam o pacto constitucional e a confiança dos cidadãos na ordem jurídica e política estabelecida. Seu conceito é importante para a compreensão da natureza e dos limites do poder de reforma constitucional e para a proteção da integridade e da legitimidade da Constituição como um todo.

Apesar de enfraquecer a democracia, não é possível afirmar que o Fidesz agiu fora das regras do jogo, o que constituiria um verdadeiro *hardball*. Contudo, a prática tem revelado uma realidade em que a competição eleitoral inexistente e a separação de Poderes encontra-se em xeque. Se formalmente não há problema, substancialmente é possível perceber o excesso. Veja-se que as emendas constitucionais foram um poderoso equipamento para a manutenção do Fidesz no poder. A quarta emenda vedou publicidade política durante a campanha eleitoral em qualquer meio que não seja na mídia de radiodifusão pública, controlada, evidentemente, pelo Conselho de Mídia, que, por sua vez, é controlada pelo Fidesz. Ademais, na mesma oportunidade, limitou-se a participação dessa plataforma de comunicação apenas aos partidos com lista nacional. Semelhante regra foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional, mas sua jurisprudência foi superada pela promulgação dessa emenda<sup>223</sup>. Como não é possível o exercício do controle de constitucionalidade sobre o mérito das propostas, o Fidesz impôs uma regra unilateral que apenas beneficia a ele.

Essa análise da realidade húngara não deixa esquecer as palavras de Hamilton, no sentido de que o Judiciário, sozinho, não seria capaz de ir contra as liberdades do povo. Mas com a interferência dos demais Poderes, a democracia estaria em risco. Orbán sempre deixou claro que seu regime transformaria a Hungria em um modelo iliberal de democracia<sup>224</sup>.

### Polônia

A realidade polonesa apresenta circunstâncias semelhantes, mas pontos estratégicos distintos em comparação com a Hungria. Diferente desse país, a Polônia, quando dominada pelo partido PiS<sup>225</sup>, não possuía maioria parlamentar para impor uma nova Constituição ou emendar a atual. Por isso, foi preciso abordar as instituições de forma distinta, por meio de uma estratégia dividida em etapas: primeiro enfraquecer a Corte Constitucional e, posteriormente, capturá-la. Ante a ausência de um poderoso instrumento como a modificação do texto constitucional, o PiS não conseguiu atingir o estágio em que hoje se encontra a Hungria. Porém, não significa que o país não sofra danos significativos em seu *core* democrático.

Assim como a Hungria, a Polônia foi mais um Estado “independente” no seio da extinta União Soviética. Uma Constituição escrita foi elaborada no período comunista do país,

<sup>223</sup> SCHEPPELE, op. cit., p.120-121.

<sup>224</sup> TOTH, Csaba. Full Text of Viktor Orbán’s Speech at Baile Tusnad (Tusnadfurdo) of 26 July 2014. *The Budapest Beacon*, 29 July 2014. Disponível em: <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-Orbáns-speech-at-baile-tusnadtusnadfurdo-of-26-july-2014>. Acesso em: 27/04/2023.

<sup>225</sup> Partido que atualmente governa o país, cuja denominação é Prawo i Sprawiedliwość e pode ser traduzido como Partido Lei e Justiça.

em 1952, aprovada por Stalin. Ela possuía um forte catálogo de direitos fundamentais, assim como as demais Constituições comunistas, mas sem aplicação prática, especialmente pela rejeição da ideia de separação de Poderes, devido à doutrina da “unidade de poder”. Dessa forma, embora sob a vigência de um texto constitucional, a ausência de autoaplicabilidade de seus termos a tornou mais um documento de cunho ideológico do que normativo.

Ocorre que nos últimos anos do regime socialista houve o estabelecimento de um Tribunal Administrativo Supremo, a criação do *ombudsman* e do Tribunal Constitucional, passos significativos para a adoção de um regime de limitação do poder arbitrário. No entanto, o fato de haver uma Constituição escrita não foi determinante para esse acontecimento. Com o fim do regime soviético, embora tenha sido o primeiro país a romper com o antigo sistema entre todos os Estados pós-comunismo da Europa central e oriental, a Polônia foi o último a promulgar uma nova Constituição. A forte fragmentação partidária do período pós 1989 pode explicar a dificuldade na elaboração de um novo texto, haja vista que a primeira eleição democrática do país buscava apenas restringir o autoritarismo, de modo que foi permitido que a oposição comunista tivesse espaço de participação<sup>226</sup>. A primeira eleição ocorreu em 19 de junho de 1989 e instituiu um regime de transição democrática.

Entre as mudanças que ocorreram com a emenda constitucional de 29 de dezembro de 1989, houve a adoção do sistema de semipresidencialismo e de uma estrutura parlamentar bicameral composta pelo Senado e por uma câmara baixa, Sejm. Além de remover alguns anacronismos do antigo regime, foi instituída uma cláusula similar à cláusula *Rechtsstaat* da Lei Fundamental alemã: “A República da Polônia é um estado democrático, governado pela lei e implementando princípios de justiça social”<sup>227</sup>.

Em 1991, houve nova eleição, oportunidade em que o sistema bicameral foi preenchido por 56 membros do Sejm e 10 senadores. Com essa nova composição, debates motivaram a promulgação de uma lei constitucional em abril de 1992, cujo objeto foi a elaboração de uma nova Constituição, que seria submetida a um referendo nacional. Manifestava-se o desejo de romper com o documento de 1952 que, embora em vigor, já fora substancialmente modificado para prever procedimentos de emenda da Constituição. Também havia a intenção de instituir a Corte Constitucional, o Tribunal de Estado, o Conselho Nacional de Radiodifusão e TV e outros. Com efeito, não se obteve, necessariamente, uma

---

<sup>226</sup> SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford Comparative Constitutionalism, 2019, p. 36. OUP Oxford. Edição do Kindle.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 39.

nova Constituição, mas sim micromodificações estruturais que, em seu conjunto, foram denominadas de “Pequena Constituição”, que vigorou a partir de outubro de 1992<sup>228</sup>.

Importante é destacar que a estrutura do Tribunal Constitucional polonês ocorreu por uma emenda constitucional de 1982, no período de vigência de uma lei marcial repressiva, sendo que seu funcionamento somente se deu em 1986. Em um regime comunista, cuja separação de Poderes não era observada, o Tribunal não passava de um órgão de menor importância, além de sua jurisdição ser limitada a um pequeno número de atores. Antes de 1989, ele era tratado como um órgão de ajuda do governo comunista, pois sua função era verificar a relação entre estatutos e atos jurídicos, embora também restringisse a produção legislativa do Executivo. Essa não era classificada como tarefa insignificante, porém estava longe da ideia de jurisdição constitucional como concebida nos dias atuais<sup>229</sup>.

Além dessa limitação, suas decisões poderiam ser anuladas pelo voto de dois terços dos membros do Sejm. A circunstância somente foi alterada quando da promulgação da “pequena Constituição”, que alçou o Tribunal a ente garantidor do *rule of law* da Polônia. Já no início dessa nova fase, a Corte proferiu uma decisão garantindo o princípio da não retroatividade, a proteção aos direitos adquiridos e o que chamou de "princípio da confiança dos cidadãos no Estado"<sup>230</sup>.

Uma nova Constituição foi adotada oficialmente em 16 de junho de 1997, por meio de um processo constituinte aberto e inclusivo, com participação dos diversos ramos da sociedade<sup>231</sup>. Esse documento refletiu a ideia principiológica de 1989, que somente não foi anteriormente adotado por questões políticas pragmáticas. Com a estabilidade democrática de quase dez anos, foi possível o consenso entre as diversas forças políticas do país para a elaboração de um novo compromisso constitucional. Sua essência foi mantida: foi adotado um sistema semipresidencialista e o regime bicameral. O presidente foi eleito pelo voto popular para um mandato de cinco anos com possibilidade reeleição, e o parlamento representaria o pluralismo democrático.

Nesse sistema, o papel do presidente é garantir a maioria parlamentar, além de possuir a prerrogativa de veto suspensivo aos projetos legislativos, que poderia ser derrubado por uma maioria de três quintos do Sejm. Além dessas prerrogativas, cabe ao presidente supervisionar

---

<sup>228</sup> WYRZYKOWSKI, Mirosław. Legitimacy: The Price of a Delayed Constitution. *Democratic Consolidation in Europe*, v. 1, 2001, p. 437.

<sup>229</sup> SADURSKI, op. cit., p.42.

<sup>230</sup> Ibid., p. 43.

<sup>231</sup> WYRZYKOWSKI, op. cit., p. 454.

as forças armadas deflagrar o controle preventivo das leis e acordos internacionais na Corte Constitucional e convocar eleições antecipadas em determinadas circunstâncias.

O primeiro-ministro é nomeado pelo presidente, porém deve contar com apoio e a confiança da maioria parlamentar, de modo que a coalizão vencedora é que formará o governo. Eventual moção de desconfiança somente será aprovada se o Sejm eleger um novo primeiro-ministro. Todos esses elementos da separação de Poderes visam, justamente, manter a estabilidade do governo. Em termos de direitos, foi adotado um catálogo de direitos fundamentais, comprometido com uma lista de direitos socioeconômicos de possível judicialização<sup>232</sup>.

Quanto ao Tribunal Constitucional, a maior modificação foi a remoção da possibilidade de anulação legislativa das decisões, inicialmente concebida com a ideia de unidade de poder e de prevalência do parlamento. Com a nova ordem, isso não mais era compatível com a garantia da separação de Poderes<sup>233</sup>. A Constituição manteve o sistema de aprovação de juízes por maioria simples do Sejm, com mandato de nove anos não renovável.

O maior desafio institucional da Corte foi em 2005, quando o PiS assumiu o poder pela primeira vez. As eleições de 2005 marcaram a ruptura da configuração das forças políticas vigentes, que haviam sido responsáveis pela elaboração da Constituição de 1997 após o enfraquecimento dos partidos dominantes. Ao longo da campanha eleitoral de 2005, o PiS defendeu a elaboração de uma nova Constituição, inclusive chegou a apresentar seu próprio projeto, prevendo poderes presidenciais mais fortes, redução dos direitos de liberdade religiosa e limitando radicalmente os poderes dos tribunais<sup>234</sup>.

Nesse primeiro momento, o novo governo tentou modificações que visavam enfraquecer o *core* constitucional adotado em 1997. Porém, o Tribunal Constitucional agiu e barrou as medidas. São exemplos dessas iniciativas: lei que atribuía poder ao Conselho de Radiodifusão para estabelecer as regras éticas jornalísticas, em claro enfrentamento à liberdade de expressão; ato normativo que visava restringir os direitos à privacidade, à não discriminação e à presunção de inocência; lei que punia a atribuição à Nação Polonesa da co-responsabilidade por crimes nazistas ou comunistas. Todos esses atos normativos foram declarados inconstitucionais pela Corte Constitucional, o que gerou protestos por parte dos políticos do PiS. O presidente à época, Kaczyński, no período de seu mandato, nunca

<sup>232</sup> SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts*. 2 ed, Springer, 2014, p. 269.

<sup>233</sup> SUCHOCKA, Hanna Suchocka. Checks and Balances under the New Constitution of Poland in Mirosław Wyrzykowski. *Institute of Public Affairs*, 1999, p. 143.

<sup>234</sup> SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. *Oxford Comparative Constitutionalism*, 2019, p. 50-51. Oxford: OUP Oxford. Edição do Kindle.

contestou uma única lei perante a Corte Constitucional, como forma de demonstrar sua desconfiança. Jarosław Kaczyński, irmão gêmeo do presidente e líder do PiS, frequentemente realizava declarações insultuosas e ofensivas sobre a Corte. Em determinada oportunidade, chegou a colocar os juízes sob suspeita, ao afirmar que eles atuavam em favor de seus interesses corporativos<sup>235</sup>.

Em razão da atuação do Tribunal Constitucional, não houve maiores danos ao regime democrático, seguindo um período de estabilidade com a derrota do PiS nas eleições de 2007 e com a constituição de um novo governo, formado com a coalizão de partidos de oposição. No entanto, o PiS retornou ao poder em 2015 com a intenção de não cometer os mesmos erros do primeiro governo.

Sem maioria suficiente para emendar a Constituição, o partido mirou suas armas para o Tribunal Constitucional. A captura do Tribunal Constitucional após 2015 ocorreu em duas fases principais: a primeira, por meio da paralisação do órgão, mediante várias ações destinadas a torná-lo uma instituição impotente para conter os movimentos políticos; a segunda, com o sucesso da primeira, alcançado no final de 2016, consistiu no uso proativo da Corte contra a oposição e em apoio ao partido governante. O Tribunal Constitucional foi o primeiro alvo, porque isso garantiria que as próximas fases passassem sem qualquer escrutínio do seu lado<sup>236</sup>. O objetivo do PiS era evitar que a Corte exercesse sua função contramajoritária tradicional, atuando como um assistente ativo da maioria parlamentar. Para isso, foi utilizada a estratégia do *court-curbing*, com o objetivo de enfraquecer as capacidades institucionais do órgão de exercer sua jurisdição constitucional, e adotada uma série de atos normativos infraconstitucionais que, de modo indireto, praticamente alteraram a Constituição.

O histórico de *court-packing* iniciou-se no final da legislatura anterior, quando já existia um consenso de que o PiS sairia vencedor. Nesse período, o então partido de governo, *Civil Platform*, tentou agir como John Adams e, para empacotar o Tribunal Constitucional, antes de sofrer a derrota eleitoral, alterou a lei pela qual os juízes constitucionais eram eleitos (emenda de 25 de junho de 2015). Pelo antigo regramento, a composição do Parlamento no dia do término do mandato de um juiz tinha a atribuição de preencher aquele assento. Mas, com a nova regra, o Parlamento poderia eleger juízes meses antes de surgir a vaga. Três vagas ficaram abertas sob a regra antiga durante o mandato do *Civil Platform*. Porém, a maioria parlamentar elegeu cinco juízes sob a nova regra, preenchendo duas vagas que ainda não

---

<sup>235</sup> Ibid., p. 52.

<sup>236</sup> KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz. Farewell to the Separation of Powers – On the Judicial Purge and the Capture in the Heart of Europe. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/farewell-to-the-separation-of-powers-on-the-judicial-purge-and-the-capture-in-the-heart-of-europe>. Acesso em: 22/04/2023.

havia surgido e aquelas que abririam após o novo Parlamento do PiS assumir o poder. O movimento foi caracterizado como uma violação constitucional, inclusive com reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. Legitimamente, o antigo Parlamento só poderia indicar três e não os cinco que apontou.

No entanto, o que se sucedeu foi ainda mais grave: o presidente Andrzej Duda se recusou a prestar o juramento de posse dos cinco juízes. O novo Parlamento, dominado pelo PiS, editou uma resolução incomum, declarando irregular o processo de eleição dos cinco magistrados e, portanto, as nomeações seriam nulas e sem efeito. Com base nisso, o novo Parlamento forçou a nomeação de cinco novos juízes, todos leais ao partido de governo<sup>237</sup>. É observado que a Constituição não reconhece a possibilidade de uma resolução anular a eleição de juízes, o que ensejaria em um movimento infraconstitucional de extinguir o mandato judicial<sup>238</sup>. Ao julgar o caso, em 2015, a Corte Constitucional reconheceu a regularidade do antigo parlamento ao indicar três juízes, mas a indicação dos outros dois seria inconstitucional. Essa decisão foi ignorada pelo presidente que se recusou a publicá-la e empossou os cinco juízes do PiS. O fato gerou um forte impasse, pois o presidente do Tribunal Constitucional também se recusou a empossar os três magistrados<sup>239</sup>.

Enquanto o impasse não era resolvido, inclusive com participação da Convenção de Veneza, o PiS aprovava uma série de medidas legislativas que visavam impedir o Tribunal de julgar os casos que lhe eram submetidos. As novas modificações procedimentais exigiam um quórum de dois terços para julgamento (a Constituição expressamente prevê julgamento por maioria, sempre entendido como maioria simples); passou-se a prever a possibilidade de qualquer caso ser julgado por toda composição da Corte, quando solicitado por pelo menos três juízes; exigiu-se que o Procurador-Geral, que pertencia ao Ministério da Justiça, participasse de todos os julgamentos, e sua ausência acarretaria a suspensão da sessão; a apreciação dos processos na Corte deveria ocorrer pela ordem cronológica; o presidente da Corte poderia retirar um processo de pauta por considerá-lo complexo; o presidente da

---

<sup>237</sup> Esse fato apresenta interessante contraponto para fins de comparação qualitativa e quantitativa. Nos Estados Unidos, o Senado, dominado por republicanos, rejeitou sabatar o nome de Merrick Garland, indicado por Barack Obama, após a vitória de Donald Trump nas eleições de 2016, em decorrência do falecimento de Antonin Scalia, com substituição da indicação por Neil Gorsuch. Posteriormente, antes da derrota eleitoral de Trump para Joe Biden, mas no ano em que ocorreram as eleições, deu-se vacância do cargo que pertencia a Ruth Bader Ginsburg, porém esse mesmo Senador entendeu pela possibilidade de sabatar a indicação de Trump, Amy Coney Barrett. Embora as circunstâncias sejam parecidas o caso norte-americano é um típico *hardball*, haja vista que o tratamento diverso de situações semelhantes não teve o condão de desbalancear a concorrência eleitoral entre os partidos, o país não deixou de ser mais democrático em razão desse movimento político agressivo.

<sup>238</sup> SADURSKI, op. cit., p. 62.

<sup>239</sup> KOVÁCS, Kriszta; SCHEPPELE, Kim Lane. The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland—and the European Union. *Communist and Post-Communist Studies*. v. 51, n. 3, p. 189-200, 2018.

república e o ministro da justiça poderiam mover um processo disciplinar contra juízes; o Sejm teria a prerrogativa de julgar os processos disciplinares contra magistrados. Ao mesmo tempo, o governo continuava a negar a publicação das decisões do Tribunal Constitucional.

Os denominados “quase-juízes” foram alocados nos gabinetes do prédio do tribunal e seus nomes constaram na folha de pagamento da Corte. Entretanto, não foram incluídos em painéis de julgamento ao longo de 2016, o que perdurou até a aposentadoria de Andrzej Rzepliński como presidente do Tribunal Constitucional, em 19 de dezembro de 2016<sup>240</sup>. Julia Przyłębska assumiu a presidência de forma interina, em razão de uma alteração regimental não prevista pela Constituição e em desacordo com a regra vigente de que o vice-presidente deveria presidir as eleições (o então vice-presidente era um magistrado nomeado antes de 2015, não vinculado ao PiS), e designou os “quase-juízes” a painéis e na Assembleia Geral de Juízes. Esse movimento foi importante para consolidar a presidência de Przyłębska, haja vista que esses três magistrados participaram da eleição que o escolheu como chefe da Corte. Ainda em 2016, a Comissão de Veneza apresentou um relatório, posteriormente convertido em recomendação, referindo que a Polônia já sofria uma ameaça sistêmica ao Estado de Direito e exigiu a mudança dessas práticas. Uma segunda recomendação foi expedida após a aposentadoria do antigo presidente, no sentido de que o processo de eleição do novo presidente fosse adiado.

A eleição do novo presidente da Corte Constitucional foi conduzida por sua presidente interina, o que levou a sua vitória por meio de um procedimento irregular. Ao convocar as eleições, oito magistrados não reconheceram o direito de Przyłębska de convocá-las e boicotaram a sessão. Mesmo assim, ela procedeu com a colheitas dos votos, admitiu a participação dos três “quase-juízes” para ter o quórum suficiente, e foi eleita presidente do Tribunal Constitucional.

Com essa modificação, o PiS começava seu processo de *court-packing*, e o Tribunal passava a agir em simetria com o governo. Com o objetivo de mostrar sua força, o Ministro da Justiça realizou uma moção de desconfiança sobre três juízes antigos, que compunham um painel de casos sem muita expressão política. Em razão disso, os magistrados foram removidos e, em seus lugares, três novos, indicados pelo PiS, passaram ao controle dos processos<sup>241</sup>. Os alvos dessa estratégia eram os juízes mais antigos e não vinculados ao partido de governo. Stanisław Biernat, vice-presidente do Tribunal, foi a próxima vítima. Em

---

<sup>240</sup> SADURSKI, Wojciech. op. cit., p. 64.

<sup>241</sup> Ibid., p. 68.

razão do acúmulo de férias a que tinha direito, foi-lhe imposta uma licença compulsória que ele pretendeu não usufruir, mas, mesmo assim, a presidente da Corte o afastou.

A participação da nova presidente foi fundamental para o sucesso do PiS em seu projeto iliberal. Ao utilizar sua função administrativa, Przyłębska atuou como proprietária da Corte. Não foram poucas as medidas estatutárias que adotou para afastar juízes mais antigos e incluir os magistrados nomeados pelo PiS nos julgamentos mais importantes e com maior sensibilidade política. Em outra circunstância, Przyłębska editou uma regra proibindo que qualquer juiz dissidente fizesse comentários sobre eventual vício de formalidade na constituição dos painéis, devendo ele limitar-se apenas ao mérito do julgado. Ela procedeu, sem qualquer critério e discricionariamente, com modificações das relatorias dos processos, sempre com a exclusão de magistrados mais antigos.

Como se não fosse suficiente, em 2017, o Tribunal julgou pela segunda vez o caso dos “quase-juízes”, agora com um painel composto por juízes vinculados ao PiS. O resultado não poderia ser outro: foram convalidados os três juízes nomeados irregularmente pelo governo, a despeito de, em um primeiro julgamento, o órgão ter reconhecido sua inconstitucionalidade. Assim como esse caso, a Corte não mais julgou contra o partido de governo. Indignados, os juízes mais antigos escreveram uma carta conjunta para a presidente, acusando-a de: usar critérios sem transparência para nomear juízes-relatores e presidentes dos painéis; mudar frequentemente a composição dos painéis já formados, com a exclusão de juízes-relatores em um momento em que eles já teriam preparado seus votos; não fundamentar as mudanças; omitir a nomeação de certos juízes para as equipes<sup>242</sup>. Em resposta, ela apenas se limitou a afirmar que as objeções eram infundadas.

Paralelamente aos movimentos realizados no interior do Poder Judiciário, o PiS aprovava regramentos que modificavam substancialmente questões *interna corporis* da Corte, muitas já declaradas inconstitucionais pela antiga composição. Pode-se classificar esse arcabouço legislativo em três espécies de medidas legislativas: (1) disposições que isentaram a recente legislação do PiS de escrutínio constitucional, (2) disposições que paralisaram a tomada de decisão e (3) disposições que aumentam os poderes do Executivo e do Legislativo em relação ao Judiciário<sup>243</sup>.

Os ataques legislativos ao Tribunal continuaram até o momento em que o PiS adquiriu maioria (oito dos quinze juízes). Quase um ano após a eleição de Julia Przyłębska como

---

<sup>242</sup> Ibid., p. 70.

<sup>243</sup> DAVIES, Christian. Hostile Takeover: how Law and Justice Captured Poland’s Courts’. *Freedom House*, 2019. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/analytical-brief/2018/hostile-takeover-how-law-and-justice-captured-polands-courts>. Acesso em 15/04/2023.

presidente, o processo de criação de uma maioria do PiS no Tribunal foi concluído com a saída de "juízes antigos" no final de seus mandatos. Muitas das disposições restritivas foram revogadas após o PiS adquirir maioria. Desde então, o Tribunal se tornou um aliado leal e significativo do regime, endossando as principais propostas legislativas do partido e ajudando-o a alcançar seus objetivos, ao revogar leis que eram obstáculos para o regime.

Depois de neutralizar a Corte Constitucional, o governo do PiS continuou sua revolução com ataques aos tribunais inferiores, último bastião da independência judicial. O governo editou três projetos de lei que visavam controlar e capturar o Supremo Tribunal (o mais alto tribunal para questões não constitucionais) e a grande maioria dos outros tribunais ordinários. Ao reduzir a idade de aposentadoria dos juízes para 65 anos, o PiS removeu a maioria dos presidentes dos tribunais e os substituiu por juízes leais ao partido<sup>244</sup>.

Embora na Hungria tenha ocorrido mudanças mais profundas, devido a uma maioria parlamentar que concedeu *quórum* suficiente para realizar mudanças no texto da Constituição, na Polônia medidas legislativas que contrariaram as normas constitucionais tiveram o mesmo escopo e foram suficientes para minar a capacidade institucional da Corte Constitucional em atuar contra os excessos. Trata-se de uma característica do denominado “constitucionalismo iliberal”<sup>245</sup>. Isso ocorreu porque o PiS possui uma pequena maioria e sua oposição é mais robusta, ao contrário do Fidesz. Mesmo assim, o grau de cooptação é inferior nesse país, especialmente por não ter obtido, ainda, o domínio de todo Tribunal. Mas isso é uma questão de tempo, haja vista a reeleição do atual residente para um novo mandato que somente encerrará em 2025.

No Brasil, uma discussão muito comum, ainda com propostas legislativas, é a limitação dos mandatos dos ministros do Supremo Tribunal Federal por termo certo. A matéria é controversa e apresenta vantagens e desvantagens. Na Polônia, com o fim dos mandatos dos antigos juízes, o partido de governo conseguirá capturar totalmente a Corte e as consequências desse movimento ainda são incertas.

A importância do Tribunal polonês é evidente e pode ser observada pela tentativa da antiga coalizão em empacotá-lo, por meio de uma ação que foi declarada inconstitucional pela mesma Corte e pelo giro interpretativo que ocorreu com a mudança da presidência do Tribunal. É preciso destacar que o PiS não teria sucesso em seus planos sem a participação

---

<sup>244</sup> TUSHNET; BUGARIC, op. cit., p. 95.

<sup>245</sup> DRINÓCZI, Tímea; BIÉN-KACALA, Agnieszka. Illiberal constitutionalism in Hungary and Poland: The case of judicialization of politics. *German Law Journal*, v. 20, n.8, p.1140-1166, 2019.

ativa da presidente, peça-chave nas mudanças regimentais, e que exerceu sua administração como uma legítima soberana, sem se atentar aos limites e regras a que estava submetida.

### Venezuela

Diferente dos dois outros exemplos em que a democracia corre riscos, mas ainda mantém certo grau de liberdade, a Venezuela já é classificada como um regime autoritário. Os métodos de erosão democrática, iniciados no governo Chávez e continuados por Maduro, são menos sutis e foram impostos de maneira autoritária, embora encobertos por doutrinas democráticas.

Hugo Chávez ascendeu ao poder quando venceu as eleições presidenciais em 1999. Porém, sua história é caracterizada por elementos que já denotavam riscos, embora ignorados pelos políticos dominantes da época. Militar de baixa patente, Chávez nunca havia ocupado cargos públicos, ou seja, era um *outsider* político. A política venezuelana era dominada, entre os anos 70 e 80, por dois partidos que se alternavam no poder, e a democracia reinava, mesmo que a América do Sul estivesse passando por um período de golpes de Estado e de ditaduras, inclusive o Brasil. No entanto, a crise do final dos anos 80 instituiu forte depressão no país, o que resultou na insurgência de alguns militares de baixa patente contra o presidente Carlos Andrés Pérez. Denominados de “bolivarianos”, o grupo MBR-200, liderado por Chávez, tentou emplacar um golpe de Estado que fracassou.

Detido por essa tentativa, Chávez aproveitou o momento para discursar em televisão e pedir que seus apoiadores largassem as armas, pois eles, por enquanto, haviam falhado. Esse discurso tornou-o um herói aos olhos de parte da população, principalmente a mais humilde<sup>246</sup>. Em 1992, após um segundo golpe fracassado, Chávez mudou de estratégia e tentou ascender ao poder pelas vias eleitorais-democráticas. Ajudado por um antigo presidente, Rafael Caldera, cuja popularidade estava em declínio e viu a causa dos rebeldes como estratégia para recuperar seu prestígio, a carreira de Chávez ganhou um forte aliado.

Graças ao apoio à causa dos insurgentes, Caldera foi eleito presidente em 1993, ocasião em que abandonou seu antigo partido, ao se lançar como independente e adotar um discurso *antiestablishment*. Com a vitória, o presidente eleito retirou toda as acusações de crime de traição de Chávez e pavimentou o caminho para a vitória eleitoral nas eleições de 1998. Na época, Caldera pretendia usar a popularidade de Chávez a seu favor sem se preocupar com as consequências de apoiar um homem que, anos antes, tinha tentado um

---

<sup>246</sup> LEVITSKY; ZIBLATT, Daniel. op. cit., p. 27.

golpe militar. Isso se deve ao fato, também, de que não se imaginava que Chávez tivesse qualquer chance de se tornar presidente, como declarou posteriormente<sup>247</sup>. Atualmente, é muito fácil perceber esses movimentos que se tornam cada vez mais comuns: líderes populistas, geralmente *outsiders*, que lutam contra uma “elite corrupta” e prometem uma verdadeira democracia. Mas no século passado, somente se tinha ciência da gravidade do perigo quando já era tarde demais.

Depois de vencer as eleições, já em 1999, Chávez propôs substituir a Constituição vigente por uma nova, uma “Constituição Bolivariana”. De acordo com seu pensamento, a Constituição vigente era responsável pelas dificuldades econômicas do país e dividia a Nação sob o domínio político de duas elites, com a exclusão do cidadão comum. O texto anterior previa os procedimentos necessários para edição de emenda à Constituição, mas era silente sobre eventual substituição. Isso levou Chávez a organizar um referendo nacional para criar uma assembleia nacional constituinte autorizada a escrever os termos de um novo texto constitucional, seguido de eleições para a composição dessa constituinte, sob o argumento de que o povo tinha o poder legítimo de substituir sua norma maior. A dificuldade para governar passava pela oposição de dois partidos tradicionais que continuavam a controlar a maioria do parlamento. Sua estratégia de elaborar um novo marco constitucional surgiu ante a necessidade de neutralizar a oposição, que o impedia de concretizar sua agenda política.

A aprovação do referendo foi facilitada pelos adversários políticos que se recusaram a participar do processo, assim como ocorreu com as eleições que se seguiram em 2000. Como resultado, o referendo foi aprovado e os apoiadores de Chávez venceram a maioria dos votos totais para a assembleia constituinte, em um total de 125 dos 131 assentos da assembleia (foram ocupados 90% das cadeiras, embora o partido tenha recebido 60% dos votos). Essa apatia da oposição em deixar que Chávez ganhasse espaço foi um dos elementos preponderantes para o controle do sistema. Esse erro de estratégia teve custos altíssimos<sup>248</sup>.

Ocorre que essa mesma assembleia constituinte não limitou seu trabalho ao desenvolvimento da nova Carta, convertendo-se em verdadeira legislatura provisória, haja vista que também promulgou leis ordinárias. A oposição não concordou e recorreu à Corte Constitucional, cujos membros haviam sido nomeados anteriormente ao mandato de Chávez, sob o fundamento de irregularidade no processo constituinte. A Suprema Corte concordou com a proposta, afirmando que o povo detinha um “poder constituinte originário” que era

---

<sup>247</sup> MARCANO, Cristina; TYSZKA, Alberto Barrera. *Hugo Chávez*. Nova York: Random House, 2004, p. 304.

<sup>248</sup> BRAVER, Joshua. Hannah Arendt in Venezuela: The Supreme Court Battles Hugo Chávez over the Creation of the 1999 Constitutions. *14 International Journal of Constitutional Law* 555, p. 565–69, 2016

“anterior e superior ao regime jurídico pré-estabelecido” e, assim, poderia substituir a Constituição vigente<sup>249</sup>. Com efeito, Chávez teve sucesso nesse movimento ao contar com uma instituição que não atuou como um *veto gate*. Sobre a função de controle oriunda da separação de Poderes, essa mesma Corte tentou limitar os poderes da assembleia nacional ao declarar que o órgão constituinte ainda estava vinculado aos mandamentos da Constituição em vigor e aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. No entanto, na prática, não teve uma atuação firme e permitiu a grande maioria dos atos praticados, somente invalidando medidas secundárias, sem muita importância. A noção tradicional desenvolvida pela teoria do poder constituinte, formulada por Emmanuel Sieyès<sup>250</sup> no início da Revolução Francesa, foi utilizada pela Suprema Corte, ao definir que os poderes do órgão constituinte seriam ilimitados<sup>251</sup>. Essa circunstância serviu de grilhão ao controle de eventual excesso.

Com a maioria que obteve, Chávez estabeleceu as regras da constituinte e iniciou o processo de erosão democrática: fechou o Congresso e legislaturas estaduais; instituiu um Conselho responsável por controlar o Judiciário; escolheu um novo *ombudsman* nacional, procurador-geral e membros do Conselho Nacional Eleitoral; removeu funcionários públicos, juízes e, por último, fechou a própria Suprema Corte. Algumas dessas medidas foram contestadas antes do fechamento da Corte, como a suspensão do Congresso. Mas houve recusa de agir em razão da doutrina do poder constituinte originários<sup>252</sup>. Dessa forma, a Corte Constitucional do país concedeu um cheque em branco para um presidente que, anos antes, tentara um golpe de Estado, com fundamento numa tese desenvolvida para gerar maior inclusão na determinação do Estado. Isso tudo resultou na exclusão da oposição de qualquer fonte institucional de poder legal ou mesmo de influência nas instituições governamentais do

<sup>249</sup> LANDAU, op. cit., p. 204.

<sup>250</sup> SILVA, Afonso Virgílio da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2021, p. 48-49. “Inicialmente, peço-lhes que observem (...) que os representantes do Terceiro Estado terão, incontestavelmente, a procuração dos 25 ou 26 milhões de indivíduos que compõem a nação, excetuando-se cerca de 200 mil nobres ou padres. Isso já basta para que tenham o título de Assembleia Nacional. Vão deliberar, pois, sem nenhuma dificuldade pela nação inteira, excetuando-se somente duzentas mil cabeças”. Ver: SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: o que é o Terceiro Estado?*. Editora Freitas Bastos, 2014, p. 135.

<sup>251</sup> Interessante reflexão de Virgílio Afonso da Silva sobre o poder ilimitado do constituinte originário, p. 46-47: “Embora a ideia de que o poder de criar uma nova constituição não pode ser limitado pelo que o convocou, ou pelo movimento que a ele deu origem, tenha desempenhado papel relevante em momentos revolucionários, especialmente no constitucionalismo do século XVIII, ainda assim a concepção de um poder constituinte completamente ilimitado não é algo realmente verificável na experiência constitucional contemporânea. (...) Se uma assembleia constituinte redige e aprova um documento que institui a escravidão, a superioridade de uma raça sobre outra, institui um governo absoluto sem separação de poderes e não reconhece os direitos fundamentais das pessoas, ainda que possa chamar esse documento de constituição, não é possível aceita-la como tal. Se isso é assim, se do ponto de vista da teoria constitucional há um conteúdo mínimo absoluto para as constituições, então o poder que as cria não é ilimitado, não pode tudo”.

<sup>252</sup> Ver Caso. Vice-presidente del Congreso de la República vs. Asamblea (decreto 25-8-99), Corte Suprema de Justicia: Sala Plena [Supreme Court of Justice: Plenary Session], 14 de Octubre, 1999, (Venez.).

país<sup>253</sup>. A Venezuela continuou a realizar eleições, mas a oposição não tinha nenhuma participação ativa nesse processo, pois, eventualmente, o regime de Chávez começara a reprimir votos da oposição.

A nova Constituição editada por Chávez instituiu mandato presidencial de seis anos, com a possibilidade de reeleição, em detrimento da norma anterior que restringia a um único mandato de quatro anos. Além disso, o novo texto constitucional aumentou significativamente os poderes do presidente, ao contrário do regime anterior que previa, institucionalmente, um dos presidencialismos mais fracos da América-Latina. Posteriormente, ele se utilizou disso para promover emendas constitucionais que aumentaram ainda mais seu poder, como em 2009, quando removeu completamente os limites de mandatos presidenciais e permitiu sucessivas reeleições. Sob a nova Constituição, Chávez venceu eleições em 2000 (60% dos votos), em 2006 (63% dos votos) e em 2012 (54% dos votos), mas não conseguiu completar o último mandato por ter falecido em decorrência de câncer.

Houve um pequeno declínio na popularidade de Chávez ao longo dos anos, e isso se deve ao fato de que as liberdades civis estavam em declínio, bem como à forma agressiva de repreensão da oposição por meio de prisões. A oposição ainda tentou agir e realizou uma greve em razão do controle dos preços e da escassez de produtos, o que denominou de “Cubanização da Venezuela”. Mas o efeito foi o inverso, pois houve o aumento das nacionalizações<sup>254</sup>. Ainda em 2003, Chávez foi brevemente derrubado por um golpe, mas conseguiu retornar ao poder com maior legitimidade. Após sua morte, Nicolás Maduro assumiu a presidência e continuou o legado autoritário de seu antecessor.

O judiciário teve um papel fundamental no processo de erosão democrática da Venezuela, ao permitir que Chávez detivesse amplos poderes para desenvolver uma Constituição unilateral, sem participação de uma efetiva oposição. Posteriormente, o judiciário foi vítima desse mesmo movimento.

O uso abusivo do poder constituinte originário também foi utilizado na Hungria e a reconfiguração do Estado concedeu amplos poderes para afastar a oposição do jogo eleitoral. Na Venezuela não foi diferente, embora os movimentos autoritários tenham se manifestado de forma mais explícita. Conclui-se que o país está, atualmente, em um regime não democrático.

No entanto, essa não foi a única medida adotada contra o Poder Judiciário. Em 2004, o Congresso aprovou uma nova Lei Orgânica do Tribunal Supremo que aumentou o tamanho da Corte de 20 para 32 membros, bem como passou a prever procedimentos que tornaram muito

---

<sup>253</sup> BRAVER, Joshua. op. cit., p. 568.

<sup>254</sup> TUSHNET, Mark; BUGARIC, Bojan. op. cit., p. 193.

mais fácil para o Congresso demitir juízes, seja mediante anulação de suas nomeações, seja acusando-os de faltas funcionais e crimes. Esse novo poder de remoção foi usado para forçar mudanças fundamentais, como a demissão do Vice-Presidente do Tribunal. Assim, 2004 marcou o completo controle do regime sobre o Tribunal Supremo. A cooptação foi fundamental para movimentos futuros, especialmente em 2015, ocasião em que a Corte conteve o poder eleitoral que a oposição obteve.

Tanto Chávez quanto Maduro dependeram do exercício abusivo da jurisdição constitucional para legitimar as ações autoritárias que adotaram. A Corte, não raras vezes, transformou doutrinas projetadas para aumentar o grau de democratização e proteger o constitucionalismo, como os limites à anistia e a doutrina da "omissão legislativa", como ferramentas de autoritarismo<sup>255</sup>. Em 2017, a oposição conseguiu o controle do Legislativo e foi preciso que o Tribunal atuasse ativamente para minimizar a perda do poder presidencial, por meio de decisão que transferiu grande parte das atribuições do Congresso para o presidente, além de derrubar muitas das medidas aprovadas. Isso se deve à baixa popularidade de Maduro, especialmente pela crise econômica que assola o país, e como consequência fez com que perdesse dois terços dos assentos do Legislativo nas eleições de 2015.

Ao perceber que perdera espaço político, Maduro resolveu agir e adotou a mesma estratégia de seu antecessor: uma assembleia nacional constituinte. Dessa forma, em 2017, resolveu convocar uma nova constituinte, utilizando-se de uma disposição da Constituição de 1999 que permitia, explicitamente, sua convocação. Porém, nessa oportunidade, não se realizou o referendo, pois Maduro entendeu ser desnecessário<sup>256</sup>. Essa constituinte foi dominada por apoiadores do presidente, sem participação da oposição e, diferentemente da anterior, sequer escreveram uma nova constituição ou realizaram reformas constitucionais. Ao contrário, utilizaram poderes auxiliares que as normas eleitorais de Maduro lhe concederam para dominar e assumir as funções das demais instituições de Estado. Entre as práticas dessa constituinte citam-se: a reafirmação de Maduro como presidente, a transferência de poderes legislativos para si, a emissão de decreto declarando que "todos os órgãos do poder público são subordinados à assembleia nacional constituinte" e que a Assembleia tinha plenos poderes para decretar medidas sobre sua "jurisdição, funções e organização", a substituição do

---

<sup>255</sup> DIXON; LANDAU, op. cit., p. 98.

<sup>256</sup> BREWER-CARÍAS, Allan; SOTO, Carlos García (eds). *Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2017, p. 20.

Procurador-Geral Nacional, que havia se tornado um oponente do regime, e o estabelecimento de um novo calendário eleitoral, emissão de leis como se fosse o próprio parlamento<sup>257</sup>.

O fato é que essa assembleia nacional não cumpriu seu papel de desenvolver uma nova Constituição, e sim foi utilizada de forma retórica para exercer um poder ilimitado e não abrir margem alguma para que a oposição pudesse participar do jogo político-eleitoral. Seu trabalho foi concluído em 2020, após supervisionar uma eleição para o Congresso Nacional em que a esmagadora maioria dos eleitos eram pessoas ligadas a Maduro. Agentes externos, como países da América Latina e os Estados Unidos, recusaram-se a reconhecer a constituinte venezuelana como legítima, circunstância que levou à suspensão do país do Mercosul. Todos esses elementos levam à conclusão de que a Venezuela não é um país democrático.

O Tribunal Supremo teve participação ativa nesse processo, principalmente ao utilizar a jurisdição constitucional de forma abusiva. Após as eleições de 2015, o Congresso, em fim de mandato, reformulou o Tribunal em uma sessão de emergência, nomeando 12 novos juízes depois de uma série de renúncias e de aposentadorias, o que impediu o novo parlamento de nomear novos juízes e manteve a Corte nas mãos do regime. O Tribunal Supremo da Venezuela, recém-reformulado, se esforçou para impedir que o Legislativo, controlado pela oposição, tivesse algum poder ou pudesse controlar Maduro. Por exemplo: o Supremo e outras instituições bloquearam efetivamente os planos da oposição de remover legalmente Maduro do poder. Quando a oposição sugeriu uma emenda constitucional que reduziria o mandato presidencial, o Tribunal Supremo decidiu que tal esforço constituiria uma emenda constitucional inconstitucional.

Durante o processo de *recall* de Maduro – mecanismo explicitamente previsto na constituição venezuelana – os órgãos eleitorais estabeleceram condições impossíveis para seu sucesso, antes de suspender completamente o procedimento ante supostas preocupações com fraude encontradas pelos tribunais regionais em fases anteriores. O Tribunal Supremo também emitiu decisões legalmente questionáveis, ampliando o escopo dos poderes de emergência do presidente, permitindo que Maduro contornasse o Legislativo. Em outro movimento contra a oposição, o Tribunal utilizou a doutrina de direitos humanos sobre leis de anistia para combater a oposição. O Supremo Tribunal declarou inconstitucional a lei que concedia anistia a oponentes políticos do regime e que foram presos ou acusados. A Corte decidiu que a lei era

---

<sup>257</sup> DIXON; LANDAU, op. cit., p. 126.

inconstitucional, porque ultrapassava os limites permitidos de anistia política, de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com o Direito Internacional Humanitário<sup>258</sup>.

É importante observar que todo processo de erosão democrática iniciou com a eleição de um presidente que participou de grupo armado, com o objetivo de dar um golpe de Estado. Sua popularidade fez com que políticos influentes tentassem usá-lo como capital político, sem acreditar que poderia ocorrer uma reviravolta. A participação da Suprema Corte nos primeiros passos foi crucial. Mesmo não dominada pelo regime, deu carta branca para que Chávez escrevesse uma nova Constituição com amplos poderes. Se não agiu de má-fé para facilitar a dominação do país, abriu o caminho para que Maduro utilizasse o poder constituinte como instrumento para recuperar as instituições que perdeu. Isso demonstra que o abuso do poder constituinte originário é instrumento de grande valia nas mãos de líderes autoritários e que os tribunais não podem conceder poderes ilimitados a qualquer agente de Estado.

A utilização do Judiciário como meio de erosão da democracia liberal ocorreu de forma diversa nos dois regimes autoritários que foram instalados. Enquanto Chávez envolveu o Poder Judiciário para legitimar leis e ações executivas duvidosas, em um verdadeiro abuso da *judicial review* de maneira mais “fraca”, Maduro empregou sua versão mais “forte”, inclusive com a importação de doutrinas desenvolvidas para melhorar a democracia, com o objetivo de minar sua oposição política e de impedir que ela desfrutasse do poder legislativo que havia conquistado.

---

<sup>258</sup> LANDAU; DIXON, op. cit., p. 1363-1370.

## Capítulo Terceiro

### O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS RISCOS INSTITUCIONAIS

#### 3.1 O contexto brasileiro

Pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal deixou de ser “esse outro desconhecido”, como escreveu o ex-ministro Aliomar Baleeiro em obra clássica. Nos últimos anos, o interesse da sociedade brasileira sobre sua Suprema Corte aumentou consideravelmente, e isso se deve, em boa medida, ao protagonismo que esse órgão adquiriu na realidade do Brasil.

Difícilmente um desacordo político não é judicializado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de maneira que se tornou mais importante acompanhar o resultado do julgamento, ao invés de entender como a votação ocorreu no parlamento. Isso porque o escopo da jurisdição constitucional brasileira se alargou. Hoje, a legitimidade ativa não se resume apenas ao Procurador-Geral da República como foi no passado, e muitos outros atores podem provocá-la: presidente da República, as mesas do Senado, da Câmara e das Assembleias Legislativas ou Câmara do Distrito Federal, governadores, procurador-geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos que tenham representação no Congresso Nacional, Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Essa abertura, inspirada na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, somada ao mecanismo de controle de constitucionalidade em decorrência a violação de preceito fundamental, resultou na maior participação do Supremo Tribunal Federal em aspectos importantes da sociedade brasileira. Sob seu escrutínio, foram decididos temas muito sensíveis ao constitucionalismo, como a constitucionalidade da lei da anistia; a impossibilidade de pessoas jurídicas realizarem doações eleitorais; participação de políticos “ficha suja” nos pleitos eleitorais; utilização de células-tronco embrionárias; casamento de pessoas de mesmo sexo; criminalização da transhomofobia e outros. Além disso, o Supremo Tribunal Federal foi responsável por julgamentos que pararam o país, como o escândalo do mensalão e, mais recentemente, processos da Operação Lava-Jato. No âmbito político, ele foi responsável por avaliar a regularidade de dois processos de *impeachment*.

A transparência do processo decisório e a fiscalização dos votos dos ministros tornaram-se ainda mais evidentes a partir da criação da TV Justiça, canal televisivo que, entre outros programas, transmite as sessões de julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal. Apesar das críticas sobre a pertinência de se transmitir os julgamentos do Supremo, o

fato é que a medida aproximou a população de sua Corte Suprema, seja pelo aspecto positivo ou pelo negativo. Atualmente, ainda é possível acompanhar as sessões pela internet, via Youtube. Muitos ministros possuem redes sociais e fazem publicações das mais diversas, de trivialidades a indicações acadêmicas.

Todo esse contexto de abertura gera discussões sociais sobre o acerto ou desacerto de determinada decisão, sobre a atuação particular dos ministros e suas convicções, bem como sobre eventuais indicações futuras para os quadros do Judiciário. Debates sobre nomes que certo presidente poderia indicar tomam conta de rodas de conversa, seja do cidadão comum, seja de reuniões de diversos segmentos da sociedade civil, inclusive no seio do próprio parlamento. Cada nome é avaliado e pensado conforme as mais diversas variáveis, pois será uma pessoa importante dentro do cálculo político de temas sensíveis. Não por outra razão o eleitor, ao decidir seu voto para presidente, já considera o perfil do provável indicado para o Supremo. O mesmo vale para os pretensos presidentes, como foi o caso do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro, ao afirmar que “mais importante que a eleição são as duas vagas para o Supremo”<sup>259</sup>. Em outro momento, o então chefe do Executivo chegou a afirmar que, em razão de suas duas indicações, esperava ter 20% do que o governo pensa nas decisões da Corte.

As eleições presidenciais de 2022 tiveram um embate à parte no que se refere às indicações, não apenas ao Supremo Tribunal Federal, mas também com relação ao cargo de procurador-geral da República. Isso porque o atual procurador é acusado, por parte da crítica, de ser leniente e omissivo com alguns atos do antigo presidente<sup>260</sup>. A razão dessa postura seria uma possível indicação para futura vaga na Corte.

Durante os debates presidenciais de 2022, em certo momento, os candidatos foram questionados acerca de eventual proposta para elevar o número de ministros do Supremo Tribunal Federal. Esse questionamento ocorreu devido à importância do tema nos dias atuais e ao grau de interesse da população brasileira sobre o pensamento do chefe do Executivo com relação ao *design* constitucional das instituições de Estado. Isso se deve, também, à história brasileira, haja vista que o regime militar aumentou o tamanho do Supremo Tribunal Federal de 11 para 16 ministros, com o objetivo de empacotá-lo, por meio do Ato Institucional n. 2,

---

<sup>259</sup> Bolsonaro: Mais importante que eleição são as duas vagas para o STF em 2023. *UOL Notícia*, 2022. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/02/04/bolsonaro-ministros-vagas-stf.htm?utm\\_source=instagram&utm\\_medium=social-media&utm\\_campaign=noticias&utm\\_content=stories&cmpid=copiaecol](https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/02/04/bolsonaro-ministros-vagas-stf.htm?utm_source=instagram&utm_medium=social-media&utm_campaign=noticias&utm_content=stories&cmpid=copiaecol) Acesso em: 25/04/2023

<sup>260</sup> Aras vai pagar por sua omissão? *Folha de São Paulo*, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/amp/colunas/conrado-hubner-mendes/2022/02/aras-vai-pagar-por-sua-omissao.shtml> Acesso em: 25/04/2023

de 27 de outubro de 1965. A partir desse histórico, qualquer medida para mudar o tamanho da composição do Supremo é vista com muita restrição.

Essa questão retornou ao debate com os atritos entre o ex-presidente Jair Bolsonaro e o Supremo Tribunal Federal. O desacordo fez o antigo chefe do Executivo defender a proposta para aumentar de 11 para 16 ministros, circunstância que lhe daria o poder de indicar mais membros para o Tribunal. A proposição gerou forte reação contrária, inclusive com manifestação de entidades de classe da magistratura, que viram a tentativa como uma forma de violar a independência do Judiciário. Soma-se a isso o fato de Bolsonaro ser um militar aposentado e declarado admirador de Carlos Brilhante Ustra, coronel do Exército Brasileiro e ex-chefe de centros de tortura da ditadura militar (DOI-CODI). Figura controversa, Bolsonaro tem proximidade com líderes autoritários que já foram destacados nesse trabalho, como Orbán e Andrzej Duda.

Aliados do ex-presidente ecoaram a necessidade de mudar o Supremo em razão de seu “ativismo”<sup>261</sup>. Durante o regime militar, a expansão do Supremo por meio do AI-2 ocorreu sob a justificativa de que o excesso de trabalho demandaria mais juízes, o que foi refutado por Victor Nunes Leal à época. Porém, a ala mais “linha dura” do Exército pressionou Castelo Branco pela mudança, haja vista que pretendia um Supremo mais alinhado com a “revolução”. Bolsonaro sempre demonstrou seu descontentamento com decisões do Supremo que lhe foram desfavoráveis, especialmente ao longo da pandemia do Coronavírus, ocasião em os atritos tornaram-se ainda maiores. Não por outra razão, tanto o ex-presidente quanto seus aliados protocolaram inúmeros pedidos de *impeachment* contra membros da Suprema Corte. Esse descontentamento levou o filho de Bolsonaro, que ainda hoje ocupa o cargo de deputado federal, a afirmar que bastaria “um cabo e um soldado para fechar o STF”.

Domar o Poder Judiciário em um período democrático é diferente do que ocorre em uma ditadura. O Supremo Tribunal Federal, dentro de seu contexto histórico, sempre mostrou sinais de uma cultura de independência para com os demais ramos do Estado. As tentativas de interferência, por mais fortes que fossem, não obtinham sucesso sem enfrentar desgaste institucional decorrente dessa cultura. Pelo que se pode observar do perfil dos ministros

---

<sup>261</sup> Ricardo Barros, deputado e líder do governo na Câmara, em 2022, ao ser entrevista declarou: “O ambiente é o que define a possibilidade da mudança. Então, se o Judiciário permanecer neste nível de ativismo político, com decisões tomadas por gostar ou não de determinado governo, ou por querer ou não ter mais poder, ou por pensar numa ditadura do Judiciário, que acham que pode ser alcançada, isso vai ter reação do Poder Legislativo de forma muito severa”. Ver: RECONDO, Felipe. As diferenças entre a proposta de Bolsonaro e o que a ditadura fez com o STF no AI-2. Site JOTA, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/excelso/as-diferencas-entre-a-proposta-de-bolsonaro-e-o-que-a-ditadura-fez-com-o-stf-no-ai-2-11102022>. Acesso em: 29/04/2023.

nomeados no período pós-88, inclusive quanto a alguns nomeados durante a ditadura, é de independência em relação ao presidente que os indicou. Um exemplo pertinente é o caso do julgamento do escândalo do mensalão, em que parte dos réus pertencia ao alto escalão do Partido dos Trabalhadores (PT). Mesmo com uma maioria formada por ministros indicados por presidentes desse partido – apenas Celso de Mello, Marco Aurélio Mello e Gilmar Mendes foram indicados por presidentes de outros partidos –, o que corresponde a 3/11 da composição, houveram diversas condenações, o que denota ausência de interferência. Afinal, esses juízes julgaram contra membros do partido que os indicou. Obviamente, em razão da proporção do caso, houve pressões externa a ponto de um membro afirmar que a Corte julgou “com a faca no pescoço”.

Anos mais tarde, o Supremo, ainda composto por maioria de membros indicados pelo PT, foi responsável pela manutenção da prisão de Luiz Inácio Lula da Silva, sendo que em momento posterior a Corte reconheceu a ilegalidade de sua prisão, bem como de suas condenações.

Percebe-se que existe uma cultura da independência judicial no Brasil, o que é um fato muito forte para evitar intromissões indevidas. Os ministros não se vinculam à ideologia dos presidentes que os nomearam, de maneira que muitos julgados, inclusive decisões monocráticas, são contrários aos interesses de quem os indicou. Essa maneira independente de atuação também foi observada em relação a alguns ministros nomeados no período da ditadura militar.

No entanto, cotidianamente surgem discussões sobre a necessidade de se modificar a forma de indicação dos ministros, bem como a imposição de mandatos, o que acabaria com a vitaliciedade dos membros da Corte. Embora existam diversas propostas, nenhuma ganhou forma. A última modificação que impactou o Supremo Tribunal Federal, mesmo que indiretamente, foi a Emenda Constitucional n. 88/2015, que aumentou de 70 para 75 anos a idade da aposentadoria compulsória dos membros de Tribunais Superiores<sup>262</sup>. Embora promulgada em 2015, sua origem foi a PEC n. 42 de 2003. A justificativa para todo esse lapso temporal de aprovação se deve à situação política que o Brasil experimentava. Isso porque, à época, quem presidia o Brasil era Dilma Rousseff, e seu governo encontrava-se enfraquecido pelas dificuldades econômicas, somado à quebra da coalizão que lhe permitia governar. Em um movimento político, o Congresso atuou para impedir que ela indicasse cinco nomes ao

---

<sup>262</sup> Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal.

Supremo Tribunal Federal, haja vista que iriam completar 70 anos no curso de seu segundo mandato os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki e Rosa Weber. Assim, ela perdeu a possibilidade de indicar quase metade dos membros da Corte.

Destarte, é possível vislumbrar que movimentos políticos também influenciam as escolhas do Supremo, de modo a permitir ou a excluir o exercício do poder de indicação do presidente da república. A Emenda n. 88/2015 pode ser considerada um típico caso de *hardaball*, na medida em que o contexto de enfraquecimento político se revelou determinante para uma medida que, ao menos naquele momento, não tinha razão de ser, senão reduzir ainda mais o espectro político da presidente. Embora depois tenha ocorrido o *impeachment* de Dilma, é certo que a redução da idade de aposentadoria não impactou o grau democrático. Afinal, a composição da Corte ainda era favorável ao Partido dos Trabalhadores, que havia indicado oito nomes até aquele momento.

No governo de Jair Bolsonaro houve movimento parecido. Em 2019, a deputada federal Bia Kicis, pertencente aos quadros do partido do então presidente, apresentou o projeto de Emenda Constitucional n. 159/19, cujo objetivo era reduzir a idade da aposentadoria compulsória, retornando a 70 anos de idade. Na justificativa da proposição, foi mencionado que a “elevação de idade para aposentadoria compulsória, além de não proporcionar à administração pública qualquer benefício considerável, revelou-se extremamente prejudicial para a carreira da magistratura, que ficou ainda mais estagnada do que já era”. Com efeito, justificou-se que a elevação da idade ensejou problemas institucionais para a carreira da magistratura. No entanto, tratava-se de um argumento meramente retórico que visava esconder a verdadeira intenção, qual seja, antecipar a aposentadoria compulsória dos ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, que contavam com setenta e três anos à época e foram indicados no governo do PT. O motivo era permitir que Jair Bolsonaro indicasse dois novos nomes, mais alinhados a ele. Embora aprovada a proposta na Comissão de Constituição e Justiça, o projeto não foi submetido à votação pelo plenário de nenhuma das Casas.

Como descrito anteriormente, as medidas de mudança institucional das Supremas Corte não induzem, por si sós, ao abuso do direito de mudança constitucional. Os Estados Unidos possuem um histórico de alterações que tinha por objetivo expandir ou reduzir o poder do presidente de realizar as indicações, algo que foi constante durante o século XIX. A mesma circunstância ocorre no Brasil em dias atuais, embora timidamente. O poder de indicação é um grande trunfo, mas sozinho ele não se concretiza, pois pelo *desgin* constitucional

brasileiro, é preciso que o Senado concorde com o nome apresentado. Em razão desse “presidencialismo de coalisão”<sup>263</sup>, o presidente precisa dialogar não apenas com sua base, mas também com a oposição, e essa circunstância torna complexa as razões que justificam a indicação de determinado nome. Isso porque, algumas vezes, a aprovação de certa pessoa desejada pelo chefe do Executivo tem custos políticos muito altos, da mesma forma que a indicação de um nome de preferência de outro segmento pode servir de moeda de barganha.

Mas isso não impediu que presidentes nomeassem pessoas de sua particular confiança para o exercício de cargos próximos ao Executivo. Somente para falar da história democrática recente do Brasil, Marco Aurélio Melo foi indicado por seu primo, o ex-presidente Fernando Collor de Melo; Maurício Corrêa foi Ministro da Justiça de Itamar Franco e Alexandre de Moraes que ocupou a mesma pasta no governo de Michel Temer; foram advogados-geral da União dos presidentes que os apontou, os ministros Dias Toffoli, Gilmar Ferreira Mendes e André Mendonça.

A proximidade entre as autoridades e os respectivos presidentes não teve o condão de torná-los magistrados tendenciosos, o que não significa que não julgaram, eventualmente, a favor de interesses do governo que os indicou. Um exemplo emblemático é a decisão do ministro Dias Toffoli, que revogou a determinação do ministro Marco Aurélio na ADC n. 54, que indiretamente implicaria a soltura do presidente Lula, preso à época<sup>264</sup>. O ministro André Mendonça, indicado por Bolsonaro, proferiu decisão que determinou o reestabelecimento de duas reportagens que relatavam operações imobiliárias da família do então presidente, o que pode ser encarado como prejudicial, pois o fato ocorreu em ano eleitoral<sup>265</sup>.

A complexidade política que resulta de determinada indicação, o *desgin* constitucional brasileiro e os movimentos legislativos nesse período pós-88 são elementos fundamentais para avaliar a circunstância e o risco de ruptura institucional no período da redemocratização.

No entanto, não se pode deixar de destacar que, se hoje existe um amadurecimento institucional de respeito à independência do Judiciário, mesmo que ocorram movimentos eventuais, muito se deve à construção histórica do Supremo Tribunal Federal. O aprendizado com eventos anteriores desenvolveu uma cultura de maior deferência ao órgão, de modo que propostas de modificação da estrutura criada pelo constituinte de 1988 é sempre vista com muita cautela, justamente para não se repetirem os erros do passado.

---

<sup>263</sup> Termo cunhado por Sérgio Abranches. Ver: ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo De Coalizão: Raízes E Evolução Do Modelo Político Brasileiro*. São Paulo Companhia das Letras, 2018.

<sup>264</sup> Suspensão de Liminar 1.188/DF. Ministro Dias Toffoli, DJ 19/12/2018.

<sup>265</sup> Rcl 55.991/DF. Relator Ministro André Mendonça, DJ 23/09/2022.

Dessa forma, compreende-se que os movimentos políticos que influenciam o Supremo no período da redemocratização, atualmente, não passam de mero jogo duro constitucional, em razão dos elementos indicados: i) história constitucional e experiência anterior de *court-packing*; ii) *design* constitucional que empoderou o Supremo Tribunal Federal; iii) complexidade política das indicações. Esses elementos, somados ao contexto brasileiro, demonstram que o Brasil é resiliente a tentativas de cooptação abusiva. Se não é possível desenvolver uma fórmula pré-determinada, vislumbra-se que essas características funcionam, na realidade brasileira, como barreiras ao autoritarismo, muito embora o Supremo esteja em constante necessidade de aprimoramento institucional.

### 3.2 Espectralidade da experiência autoritária

A experiência do regime militar é forte elemento de moldura da cultura moderna, encarado como um erro de trajetória ao qual o Estado brasileiro não pode retornar. Os traumas do passado são elementos que ajudam a desenvolver as características da democracia. Afinal, não é plausível que a construção do constitucionalismo parta de premissas homogêneas, como se fosse uma trajetória linear compartilhada por diversas sociedades espalhadas pelo globo. A Constituição Federal de 1988 foi forjada com base em elementos desenvolvidos durante o governo militar que a antecedeu, e seria impossível escrever um modelo de sociedade desejada sem levar em consideração as cicatrizes deixadas pelo regime anterior. Ou seja, parte-se de um modelo distópico para um utópico, ao menos no mundo das pretensões.

Logo, é importante entender que essa desconfiança, gerada pelo regime militar, tem forte influência na percepção que o povo brasileiro tem sobre a necessidade de haver certa estabilidade no corpo normativo da Constituição. Essa marca do passado é um elemento cultural significativo que consegue moldar o desenvolvimento social sem romper com o que se definiu no período da redemocratização do país. O sentimento de desconfiança faz parte do constitucionalismo que a comunidade pretende para sua sociedade. A experiência traumática do passado ainda subsiste no espectro de temor que ronda o país.

É como se o regime de militar ainda pautasse o modo de agir. Dessa maneira, busca-se evitar a repetição de uma prática anterior que não deu certo. O fenômeno em questão pode ser comparado ao que Douglas Pinheiro chamou de “constitucionalismo espectral”<sup>266</sup>, ou seja, a perda como elemento constitutivo da experiência constitucional. Para demonstrar como o

---

<sup>266</sup> PINHEIRO, Douglas. O constitucionalismo espectral: presença, tempo e narrativa à luz de Roque Larraquy. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, v.20, n.3, p. 199-224. Disponível em :<https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i3.1760>. Acesso em: 03/05/2023.

homem constrói a ponte entre presente e passado, o autor dialoga com a literatura, referindo-se a duas obras: *La comemadre* e “Informe sobre ectoplasma animal”. O primeiro conta a história do proprietário de um sanatório em Buenos Aires, que pretendia replicar os estudos de um médico francês sobre a utilização da guilhotina como instrumento punitivo. Seguindo determinado procedimento, seria possível ao decapitado, mesmo morto, ainda ter nove segundos de consciência. Já a segunda trata dos registros sobre espectros animais, que somente seria possível de visualização mediante a utilização de uma placa de césio.

As ilustrações são utilizadas como forma de representar a presença daqueles que, em razão da morte, já estão ausentes, seja por nove segundos ou eternamente, em cada situação. No caso brasileiro, mesmo a Constituição de 1988 sendo o marco zero do constitucionalismo democrático, não é possível considerar apenas as demandas do presente, pois a sociedade precisará conviver com os espectros das experiências anteriores. O trauma do regime militar representa, justamente, a sobrevida espectral que permeia a desconfiança e reproduz nos governos seguintes o medo daquilo que foi experimentado no passado. Essa percepção temporal é capaz de promover mudanças no desenho social para legitimar transformações que demandem uma legitimidade temporal. Isso porque as relações político-jurídicas são estabelecidas com base na forma com que a sociedade estabelece seu vínculo com o passado, o presente e o futuro<sup>267</sup>.

A história do Supremo Tribunal Federal sempre foi permeada de elementos de intervenção, principalmente em razão do descontentamento do chefe do Executivo em relação ao padrão decisório da Corte. Nos primórdios da República, ele foi concebido por um decreto anterior à Constituição de 1891, que previa um tribunal composto por 15 juízes, todos oriundos do extinto Supremo Tribunal de Justiça do período imperial. Ainda nos primeiros anos do novo Tribunal houve o julgamento do *Habeas Corpus* n. 300, impetrado por Rui Barbosa em favor de governadores presos na vigência do Estado de Sítio. O Supremo optou por não decidir, pois vislumbrou a impossibilidade de imiscuir-se em uma questão que, em seu entender, era política. Nesse mesmo período, a Corte sofreu uma série de ameaças do então presidente Floriano Peixoto e, em uma dessas oportunidades, o presidente declarou que se o Tribunal julgasse a favor de uma ordem de *Habeas Corpus* contra atos seus, os ministros é que iriam precisar de *Habeas Corpus*. Além desse *brushback* para intimidar o Supremo, Floriano Peixoto utilizou um *court-curbing*, ao deixar de nomear ministros, o que impediu a Corte de realizar sessões, como já referido.

---

<sup>267</sup> Ibid., p. 200.

No entanto, com sua nova composição durante a presidência de Prudente de Moraes, o Supremo superou o entendimento acerca da impossibilidade de julgar *Habeas Corpus* em razão de possível decisão política. Assim, tornou-se o órgão reativo que não se desincumbiu de julgar com imparcialidade, o que gerou críticas por parte do ministro da guerra Machado Bittencourt, que acusou o Tribunal de romper com seu antigo precedente. Porém, em um ato de reposta, a Corte redigiu nota em sua defesa e contra as críticas declaradas<sup>268</sup>.

Anos depois, em 1931, Getúlio Vargas também adotou o *court-curbing* contra o Supremo Tribunal Federal em um movimento vingativo, tendo em vista a determinação, desse órgão, de prisão dos militares que se revoltaram em 1922. O presidente, via Decreto n. 19 656, aposentou seis ministros – Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Pires e Albuquerque, Pedro Mibielli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca – sob a alegação de idade avançada e motivos de saúde e reduziu o salário dos demais. A partir desse momento, o Supremo passou a contar com 11 ministros. O número apresentou algumas variações desde sua instituição em 1891. Inicialmente formado por 15 membros, o Tribunal teve seu número reduzido para 11 no governo provisório. Esse número foi mantido nas Constituições de 1934, de 1937 e de 1946, somente sendo alterado pelo Ato Institucional n. 2, que ampliou para 16 o número de ministros da Corte. Em 1969, o Ato Institucional n. 6 alterou mais uma vez sua composição, retornando a 11 cadeiras, permanecendo assim até hoje<sup>269</sup>.

O movimento de Getúlio não teve o condão de gerar qualquer reação por parte da Corte, que permaneceu silente como órgão institucional, com exceção do ministro Hermegildo de Barros<sup>270</sup>. De 1934 a 1937, o Supremo voltou a sofrer ingerências por parte do Executivo: foi instituída a aposentadoria compulsória dos ministros ao completarem 75 anos; o presidente da Corte seria nomeado pelo presidente da República e proibiu-se, expressamente, que o Poder Judiciário apreciasse questões de ordem política. Eventual declaração de inconstitucionalidade poderia ser submetida pelo Executivo ao Legislativo que, com dois terços do parlamento, poderia anular a decisão. Nesse ponto, deve-se destacar que medida parecida foi objeto de tentativa de projeto de emenda constitucional em 2021, encabeçada pelo deputado federal Domingos Sávio, pretendendo instituir a cláusula

---

<sup>268</sup> RECONDO, Felipe. *Tanques e togas*. Coleção arquivos da repressão no Brasil. São Paulo Companhia das Letras, 2018, p. 10. Edição do Kindle.

<sup>269</sup> SANTOS, André Marengo dos; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1829-2006). *Revista de Sociologia e Política* (UFPR. Impresso), v. 16, p. 131-149, 2008.

<sup>270</sup> RECONDO, op. cit., p. 12. “De minha parte, declaro que não tenho honra nenhuma em fazer parte deste tribunal, assim desprestigiado, vilipendiado, humilhado, e é com vexame e constrangimento que ocupo esta cadeira de espinhos, para a qual estarão voltadas as vistas dos assistentes, na dúvida de que aqui esteja um juiz capaz de cumprir com sacrifício o seu dever.”.

*notwithstanding* no Direito brasileiro. A medida possibilitaria ao Congresso sustar decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>271</sup>. Embora países com democracia consolidada tenham adotado essa medida, evidencia-se que na história brasileira serviu de instrumento de dominação sobre as decisões do Supremo, especialmente porque Getúlio dissolveu o Congresso em 1937 e passou a afastar as decisões via decreto<sup>272</sup>.

Como se não fosse suficiente, a Constituição de 1937 reduziu a idade de aposentadoria compulsória dos ministros para 68 anos, com o objetivo de aposentar três deles da composição do Supremo, Edmundo Lins, Hermegildo de Barros e Ataulfo de Paiva. O reestabelecimento institucional do Supremo Tribunal Federal deu-se com a Constituição de 1946, que lhe devolveu a independência e a autonomia. Esse cenário permaneceria até 1964.

O golpe militar desse ano merece melhor atenção, pois não se tratou de uma típica ação armada, haja vista a tentativa de encobrir a situação com ar de normalidade institucional, como se a população desejasse a formação de um Estado da maneira que ocorreu, ou seja, lastreada na dicotomia legal-revolucionário<sup>273</sup>. Não por outra razão, os militares denominaram a ação de “revolução”, como consta expressamente no preâmbulo do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, que tratou o movimento como verdadeira manifestação de um poder constituinte originário<sup>274</sup>. Ou seja, existia uma preocupação da ditadura com a força normativa da titularidade constituinte da chamada “revolução”. É perceptível, observando esses elementos, que o Brasil enfrentou circunstância similar ao que se desenvolveu na Venezuela, quando Chávez usou a ideia de poder constituinte originário para escrever sua Constituição.

Assim, os militares se imbuíram do espírito constituinte como se fossem verdadeiros representantes do povo brasileiro<sup>275</sup>. Utilizaram-se retoricamente de vocabulário extraído da Revolução Francesa e da Americana para se autolegitimar com base nesses ideais, que visaram à libertação do povo em relação a um poder central, porém importadas de maneira distorcida e fora de contexto, como muitos outros líderes fizeram anos depois na América

---

<sup>271</sup> A cláusula *notwithstanding*, ou cláusula não obstante, é uma disposição da Constituição do Canadá que possibilita ao Parlamento e suas legislaturas provinciais suspenderem provisoriamente decisões judiciais.

<sup>272</sup> RECONDO, op. cit., p. 13. Por meio de decreto, Vargas considerou que decisão do Supremo contra a incidência de imposto de renda sobre os salários de magistrados e servidores públicos seria contrária ao interesse nacional e a revogou.

<sup>273</sup> FICO, Carlos. *Além Do Golpe – Versões E Controvérsias Sobre 1964 E A Ditadura Militar*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 37.

<sup>274</sup> Consta de seu preâmbulo: “a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória”.

<sup>275</sup> Esses elementos podem ser extraídos, também, de seu preâmbulo: “Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular”.

Latina e Europa. Por isso, é correto afirmar que a ditadura brasileira diferiu das demais que ocorreram na América do Sul nesses mesmos anos, em razão da utilização do Direito com o intuito de legitimar-se naquilo que ficou denominado de “legalidade autoritária”<sup>276</sup>.

Evidentemente, um regime que faz uso da força e de atos de exceção não precisa justificar-se, senão quando o objetivo é praticar um constitucionalismo abusivo e capturar as instituições de Estado e a população a partir de uma “revolução” que tinha por objetivo salvar o Brasil da “ameaça vermelha”. No entanto, a utilização retórica de ideais revolucionários não se exauriu no que podemos chamar de AI-I. Isso porque, em 1965, quando outorgado o AI-2, sua exposição de motivos continuou a buscar fundamentos no processo revolucionário<sup>277</sup>. Deve-se destacar que embora repita boa parte do que estabelecido no ato anterior, duas novidades foram inseridas nesse momento: o poder constituinte torna-se permanente; e as palavras democracia e liberdade foram inseridas no texto, com a ressalva que ambas devem realizar-se com responsabilidade<sup>278</sup>.

O famoso AI-5, símbolo das maiores restrições que o regime impôs, como o fechamento do Congresso Nacional, cassações e suspensão de garantias constitucionais, também conteve preâmbulo que mais uma vez reiterou o processo revolucionário. Dessa forma, pode-se dizer que o Brasil também experimentou o abuso do poder constituinte originário, inclusive ao torná-lo “permanente”, em um movimento semelhante ao que Nicolás Maduro implantou na Venezuela. A semelhança é tamanha que, por atribuir aos atos institucionais a verdadeira manifestação do povo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que eles estavam fora do alcance da Constituição em vigor<sup>279</sup>.

Essa suposta “legalidade revolucionária” causou choque entre o regime e o Supremo Tribunal Federal nos anos seguintes. Inicialmente legitimador do Estado que surgia, principalmente com o apoio explícito de seu presidente Ribeiro da Costa, o Supremo não sofreu interferências imediatas diante da estratégia militar de atribuir ares de legalidade ao novo sistema. Mas esse “personagem” não sobreviveu ao grau de independência que o órgão tinha, afinal, o constitucionalismo democrático é incompatível com atos de exceção. No estágio inicial, o Supremo julgava seus processos com base no Direito vigente, que ainda não havia sido modificado pelo regime militar. Embora não houvesse uma oposição explícita, não

<sup>276</sup> PEREIRA, Anthony W. *Ditadura E Repressão: O Autoritarismo E O Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patrícia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 209.

<sup>277</sup> “Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos”.

<sup>278</sup> “Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação”.

<sup>279</sup> RECONDO, op. cit, p. 51.

demorou para que Judiciário e Executivo divergissem em grau de entendimento. Anos mais tarde, Costa e Silva admitiu que um dos erros dos militares foi poupar o Supremo no início<sup>280</sup>.

Não demoraria para que o regime militar começasse a descumprir as ordens do Tribunal. Os ministros já não tinham certeza de que não haveria interferência na Corte, inclusive já cogitavam cassações e modificações nas atribuições. De fato, o regime suspendeu princípios fundamentais do Poder Judiciário: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, princípios esses consagrados como essenciais para o Judiciário ainda no início da República dos Estados Unidos e bem defendidos por Hamilton, em “O Federalista”.

O processo de empacotamento da Corte iniciou-se com a outorga do AI-2, cujo objetivo era aumentar o número de ministros e diminuir a influência daqueles nomeados pelo regime anterior. Dessa forma, o Supremo passou a contar com 16 membros. A medida não agradou a composição da época, inclusive Ribeiro da Costa, que apoiou o regime em seu momento inicial, declarou que se tratava de uma interferência do Legislativo e do Executivo sobre o Judiciário<sup>281</sup>.

Aumentar o tamanho da Corte para indicar novos membros era uma estratégia conhecida de Castelo Branco, que embora fosse contra a cassação de ministros, tinha ciência do que ocorrera nos Estados Unidos em relação ao *court-packing* proposto por Roosevelt em 1937. Sua intenção era evitar resistências na Suprema Corte, conforme confessou a Aliomar Baleeiro<sup>282</sup>. Dessa forma, o regime militar teve a possibilidade de indicar cinco novos ministros, teoricamente ligados à ideologia do governo. No entanto, os planos não saíram conforme o planejado, haja vista que os indicados passaram a votar com os demais, principalmente nos processos de interesse político<sup>283</sup>.

Em 13 de dezembro de 1968 foi outorgado o AI-5, fruto do descontentamento da ditadura com o Supremo, inclusive em relação a alguns ministros nomeados pelo AI-2, devido à suposta traição que perpetraram contra a “revolução”. Porém, o que sucedeu ao órgão judicial foi que, amparado nesse ato institucional, houve a cassação dos ministros Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Hermes Lima. Gonçalves de Oliveira e Lafayette de

---

<sup>280</sup> Ibid. p. 34.

<sup>281</sup> Ibid. p. 131.

<sup>282</sup> RECONDO, op. cit., p. 135-136. Conforme Recondo, Baleeiro afirmou: “A primeira: aposentá-los, como fez Vargas em 1931, em relação aos juízes execrados pelos revolucionários de 1922, 1923, 1924 e 1930. A segunda, menos radical: elevar em quase 50% o número dos ministros, como tentou fazê-lo Franklin D. Roosevelt para anular a resistência de alguns dos justices às medidas do *New Deal*. Castelo conhecia perfeitamente o projeto de *packing the Court*, de Roosevelt, pois a ele se referiu em conversa comigo cerca duma semana antes do AI-2”.

<sup>283</sup> RECONDO, op. cit., p. 131. Victor Nunes Leal chegou a afirmar, quando da outorga do AI-2: “Raro é o governante que não se decepcionou, ao escolher pessoas respeitáveis e honradas, com a expectativa de serem seus porta-vozes nos tribunais.”

Andrada foram ameaçados pela ditadura e anteciparam suas aposentadorias. Posteriormente, o AI-6 reduziria a composição da Corte de 16 ministros para 11, *quórum* que foi mantido após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O início da redemocratização é marcado por um Supremo que manteve seus antigos ministros, o que justificou uma postura de maior autocontenção nesses primeiros anos<sup>284</sup>. No entanto, com o passar do tempo, a Corte tornou-se ciente de seu papel na sociedade que se avizinhava ao longo do século XXI.

Ainda hoje existe quem argumente que o Supremo Tribunal Federal atuou como braço direito e legitimou o governo militar. Mas seria factível ao Judiciário servir de peça de resistência naquele contexto? Como afirmado pelo ministro Nelson Hungria, os tanques e baionetas do Exército estão acima das leis, da Constituição e do Supremo Tribunal Federal.

A experiência histórica brasileira é rica de exemplos que são estudados como movimentos modernos de abuso constitucional. No que se refere às funções do Supremo, já foram testados: seu aparelhamento, a redução de suas competências, ameaças a ministros, sucateamento institucional, cassação de membros, ou seja, a história do Supremo Tribunal Federal é marcada por atentivas de *court-curbing* e *court-packing*. A resiliência adquirida é refletida em dias atuais, no que se observa com relação à postura da Corte em episódios recentes de ataques que sofreu, seja de forma institucional ou mediante ameaças e vandalismos contra seus membros.

O fato é que os traumas desse período foram elementos constitutivos do constitucionalismo espectral que norteou os movimentos políticos seguintes, iniciado com a elaboração de uma Assembleia Constituinte democrática. Essa contou com participação dos diferentes segmentos sociais e de espectros políticos, todos com o objetivo de romper com o regime anterior<sup>285</sup>. Essa mesma construção social é refletida atualmente, frente à maneira negativa com que disposições legislativas são encaradas, quando buscam modificar a estrutura do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que se refere ao aumento do número de ministros. O mesmo pode-se afirmar acerca da estereotipação dos indicados pelo presidente, conclusão oriunda da má repercussão de manifestações do ex-presidente Jair Bolsonaro, ao afirmar que iria indicar alguém “terrivelmente evangélico” para o Supremo ou que o futuro ministro teria que “tomar cerveja” com ele. No mesmo sentido ocorre com o presidente Lula, em razão da indicação de seu antigo advogado particular, Cristiano Zanin.

---

<sup>284</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas Jus*, v. 25, n. 1, 2014, p. 34-36.

<sup>285</sup> PAIXÃO, Cristiano. A constituição em disputa: transição ou ruptura? In SEELAENDER, Airton (org.) *História Do Direito E Construção Do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.20-27.

Dessa forma, a sociedade pós-88 passou a exigir maior *accountability* do governo para com suas indicações ao Supremo. A participação social é elemento fundamental, que hoje está enraizado na cultura brasileira para evitar movimentos autoritários. Afinal, todo regime totalitário guarda, em alguma medida, apoio social<sup>286</sup>. Contudo, essa manifestação social necessita ser prévia, para que, se a cooptação vier a ocorrer, ser tarde demais. A Venezuela é um exemplo de manifestação tardia, assim como a Hungria é exemplo de desinteresse social sobre as movimentações do governo contra o Judiciário.

Além de funcionar como elemento de fiscalização das indicações do governo, a experiências do passado inspiraram o *design* constitucional que foi desenvolvido para o Supremo na Constituição de 1988. Esse *design* é outra circunstância que justifica a maior blindagem que o órgão judicial de cúpula do Brasil possui frente aos avanços de movimentos autoritários que visem sua cooptação.

### **3.3 *Design* e competências do Supremo Tribunal Federal**

Mesmo se tratando de fenômeno moderno – o processo de elaboração de constituições escritas iniciou-se no final do século XVIII, entre 1780 e 1791, em países como Estados Unidos, França e Polônia –, constantemente os Estados enfrentam o dilema de manter a estabilidade de sua norma superior. O processo de criação de uma Constituição geralmente está vinculado a uma crise ou à ocorrência de alguma circunstância excepcional<sup>287</sup>. O processo de redemocratização do Brasil não foi diferente, pois foi pautado em uma ruptura com o regime anterior e na preocupação não apenas com seu processo de elaboração, mas com os instrumentos de garantia de continuidade da ordem democrática. Nesse processo, os meios de institucionalização das regras de funcionamento da democracia desempenharam papel de fundamental importância na constituinte.

Se as instituições políticas exercem influência sobre o resultado dos conflitos sociais, agentes politicamente organizados apresentam-se como protagonistas, especialmente no procedimento de elaboração dos arranjos constitucionais que as práticas democráticas devem obedecer para que a democracia se consolide e que regimes autoritários se afastem cada vez mais.

Estudos demonstram que a adoção de garantias pelos *designs* constitucionais pode aprimorar a independência judicial. Assim, algumas características foram observadas em

---

<sup>286</sup> ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha Viz. *A Construção Social dos Regimes Autoritários: Brasil e América Latina*. V. II, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 17-28.

<sup>287</sup> ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, *45 Duke Law Journal* 364-396, 1995, p. 7-10. Trata-se de regra que comporta exceções, como a Constituição sueca de 1974. Ver:

Cortes que podem ser consideradas mais “fortes”, como: dotar o sistema judiciário com “cláusula de eternidade”<sup>288</sup>; possibilitar que o tribunal possa realizar controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, não limitado ao aspecto formal<sup>289</sup>; definir a flexibilidade de modificações constitucionais do Poder Judiciário em *tiers*, de modo que parte das modificações estejam sujeitas a procedimentos mais flexíveis e outras necessitem de maior rigidez<sup>290</sup> e, ainda, atribuir à Suprema Corte a capacidade institucional de barrar proposta de nova Constituição que seja, embora haja contradição em termos, inconstitucional<sup>291</sup>. Apesar de nem todos esses poderes constarem da opção do constituinte de 1988, não se pode negar que a estrutura desenhada para o Supremo lhe concedeu os instrumentos necessários à salvaguarda da democracia.

Fundado na ideia de separação de poderes, o Brasil optou por manter o regime presidencialista, porém esboçado em um contexto institucional particular, haja vista que a variedade de sistemas presidencialistas depende muito de sua organização no corpo político, sob pena de ser instável<sup>292</sup>. Com o objetivo de construir uma sociedade com forte viés na separação de Poderes, foram instituídos um Legislativo bicameral e um Judiciário que tem o Supremo Tribunal Federal como seu “guardião”. Embora a crença seja a de que a separação de Poderes é capaz de, por si só, conter o poder absoluto, não se pode perder de vista que ela não é garantida só por uma técnica institucional com aspectos exclusivamente normativos. Os objetivos democráticos não serão obtidos somente pela engenharia do *design* constitucional. Como afirma Przeworski, a adesão dos atores políticos aos valores democráticos é fundamental para a estabilidade<sup>293</sup>.

A pretensão do presente elemento de proteção contra o abuso constitucional não pode ser vislumbrada de forma isolada, mas sim, com base nos dois outros fatores. No entanto, um arranjo institucional bem elaborado e escorado na separação de Poderes é fundamental para a proteção do constitucionalismo.

---

<sup>288</sup> PREUSS, Ulrich. The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience. *Israel Law Review*, v.44, n. 3, 2011, p. 429 - 448.

<sup>289</sup> ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018, p. 16-20.

<sup>290</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Tiered Constitutional Design, *86 Geo. Wash. L. Rev.* 438, 2018, p. 476-480.

<sup>291</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind; ROZNAI, Yaniv. From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons From Honduras. *Global Constitutionalism*, Forthcoming, FSU College of Law. *Public Law Research Paper* No. 886, 2019, 53-60.

<sup>292</sup> SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John. *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 283.

<sup>293</sup> PRZEWORSKI, Adam. *Democracia E Mercado No Leste Europeu E Na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 28-29.

Barry Weingast compreende que a democracia falha em um entre dois pontos: quando aqueles que estão no poder abusam dos direitos de oposição ou quando aqueles que almejam o poder usam a força para tomá-lo. Tanto um quanto o outro necessitam de incentivos para honrar as regras do jogo eleitoral, especialmente quando derrotados nas urnas<sup>294</sup>. Sua teoria parte do pressuposto de que a democracia deveria ser autoaplicável, de maneira que seguir as regras da Constituição deve ser interesses de todos os participantes. Como observado em seções anteriores, muitas vezes a questão não é posta em discussão, vez que, simplesmente, líderes autoritários são responsáveis por moldar as regras do jogo ou por modificá-las, tornando-se os únicos beneficiados de seus termos.

Para efeito de contenção, o *design* constitucional deve prever mecanismos de proteção governamental que possibilitem aos cidadãos coordenarem suas reações contra eventual transgressão. Algumas dessas medidas estão presentes na maior parte das constituições e não impediram a erosão da democracia. Porém, mesmo nessas hipóteses, foi possível vislumbrar que o arranjo dificultou o movimento autoritário, evitando a completa dominação. É o caso da adoção de limites procedimentais, como um processo mais dificultoso para a produção de emendas constitucionais, a divisão do Poder Legislativo em diferentes Casas e regras específicas de competência. Essas normas devem vir acompanhada de limites substanciais, ou seja, a Constituição deve conter valores intransigíveis, imutáveis. Orbán teve fácil acesso às modificações constitucionais pela facilidade que o sistema unicameral lhe concedeu. Já o sistema bicameral da Polônia impediu que o partido de governo tivesse a maioria suficiente para impor uma nova Constituição.

Com base nisso, percebe-se que o Brasil adota um sistema fortemente protetivo, haja vista que para emendas à Constituição é necessário a votação em dois turnos, com aprovação de três quintos em cada Casa Legislativa. Ademais, o sistema brasileiro contém cláusulas pétreas que estão além da capacidade de governos de ocasião modificar<sup>295</sup>. O mesmo não ocorre nos dois outros países.

A grande dificuldade dos sistemas constitucionais é elaborar uma engenharia institucional que permita corrigir a dificuldade de coordenação dos cidadãos quando o sistema for violado. E nesse ponto é interessante observar que a atuação das Supremas Cortes permite suprir, nem que seja em parte, essa dificuldade de coordenação, tornando-o o *locus* adequado

---

<sup>294</sup> WEINGAST, Barry. Designing Constitutional Stability. In CONGLETON, Robert; SWEDENBORG, Birgitta. *Democratic Constitutional Design and Public Policy Analysis and Evidence*. Cambridge: MIT Press, 2006, p. 343-347.

<sup>295</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

para enfrentamento de eventual abuso constitucional. Não é possível pensar um arranjo constitucional em que prevaleça a separação dos Poderes sem que o Poder Judiciário não detenha os instrumentos adequados à verdadeira independência. E aqui não se argumenta somente com relação às capacidades institucionais do exercício da jurisdição constitucional, mas também quanto à capacidade orgânica.

Em estudo que relaciona o desenho institucional do Supremo e a resiliência constitucional, Oscar Vilhena argumenta que o projeto normativo da Constituição de 1988 teve sucesso devido a uma série de fatores intrínsecos ao modelo adotado, dos quais ele destaca a importância de cinco: delegação normativa; mecanismos de autoexecução; consensualismo do sistema político; judiciário “moderador” e rigidez complacente<sup>296</sup>. Muito embora possa ser questionada a ideia de “poder moderador”, especialmente em um contexto democrático em que nenhuma instituição se sobrepõe a outra, deve-se observar que existe forte manifestação acerca da singular importância do Poder Judiciário no exercício da hermenêutica constitucional.

Ao Poder Judiciário brasileiro foi assegurado não apenas aquelas garantias inerentes à magistratura, como vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade salarial, mas também a capacidade de autogoverno, por meio da eleição de seus órgãos diretivos, da elaboração de seu próprio regimento e da organização de secretarias. Também se atribuiu ao Supremo a iniciativa legislativa para deflagrar o processo de edição do estatuto nacional da magistratura. A atribuição de reserva de competência para iniciar projeto de lei que afete a magistratura é uma forte garantia contra ingerências indevidas no Poder Judiciário. Essa restrição é o elemento que impede modificações por simples maioria sobre elementos essenciais. Recorde-se, nesse ponto, que a estrutura judiciária na Polônia foi alterada por meio de legislação ordinária, ante a ausência de maioria qualificada para modificar a Constituição. Mas essa estratégia não funcionaria no Brasil, diante dessa reserva legislativa. Eventual modificação somente poderia ocorrer mediante proposta de emenda constitucional (PEC), como no caso da PEC n. 64/2015, que foi arquivada. Além da possibilidade de autogestão, o Judiciário brasileiro tem autonomia financeira, ou seja, elabora sua proposta orçamentária dentro dos limites estipulados em conjunto com os demais Poderes.

No aspecto das funções que o Supremo exerceria, houve discussão na Constituinte se o órgão deveria ocupar-se eminentemente do controle de constitucionalidade, o que permitiu a

---

<sup>296</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. In DRIMOULIS, Dimitri (et all). *Resiliência Constitucional: Compromisso Maximizador, Consensualismo Político E Desenvolvimento Gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 2-22.

manutenção de sua competência tradicional e a expandiu de modo a ampliar significativamente o escopo de atuação. Além do exercício da jurisdição constitucional por meio da competência originária para processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade, ações diretas de constitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental, possibilitou-se manifestar mediante recurso extraordinário. Soma-se, ainda, a competência frente à representação para fins de intervenção nos estados federados e a possibilidade de julgar as infrações penais comuns, relativas a determinadas autoridades. A margem de atuação também comporta ações constitucionais típicas, *Habeas Corpus*, mandados de segurança e *Habeas Datas*, desde que impetrados contra ato de certas autoridades. Sua atuação é exigida quando ocorrer conflito federativo e quando houver solicitação de extradição por Estado estrangeiro e conflito de competência entre Tribunais Superiores. A autoridade de suas decisões é garantida por meio da denominada reclamação constitucional. A competência recursal prevê, além do mencionado recurso extraordinário, o recurso ordinário.

Importante é destacar que além das competências expressas na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de extensão quando contiver cláusula que preveja sua atuação de maneira implícita<sup>297</sup>. Conforme explicou o ministro Sepúlveda Pertence, “Se nossa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo por foro por prerrogativa de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, bem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe expansão sistemática necessária a dar efetividade às inspirações da Lei Fundamental”<sup>298</sup>. Esse modelo de interpretação extensiva foi reconhecido nos casos de mandado de segurança contra ato de Comissão Parlamentar de Inquérito<sup>299</sup>; *Habeas Corpus* contra a Interpol<sup>300</sup>; mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara dos Deputados para atingir ato individual de parlamentar<sup>301</sup>.

Essa concentração de poderes pode parecer estranha, mas uma doutrina contundente assegura essa possibilidade, oriunda de método interpretativo sistemático ou teleológico.

A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de poderes implícitos, de poderes resultantes ou de poderes inerentes como forma autônoma de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através

<sup>297</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 2010. op. cit., p. 1.091.

<sup>298</sup> Inq.-QO 687/SP, Rel. Min Sydney Sanches, DJ 09/11/01.

<sup>299</sup> MS 23.964/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/06/02.

<sup>300</sup> HC 82.677/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/06/03.

<sup>301</sup> MS-AgRg 24.099/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 02/08/02.

do manejo de instrumentos metódicos de interpretação. Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências; (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistêmica e analógica de preceitos constitucionais<sup>302</sup>.

Outro instrumento que permeia as capacidades institucionais do Supremo é o denominado efeito *erga omnes* e vinculante. Eventual decisão proferida nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. Ou seja, o dispositivo das decisões dessas espécies de ação obriga os demais órgãos, com exceção do Legislativo, a seguirem o que ficou consignado. Trata-se de instrumento que assegura a Supremacia Judicial da jurisdição constitucional brasileira em clara adoção de um sistema de *strong judicial review*.

O *design* constitucional do Supremo permitiu o cumprimento da função que a Constituição lhe atribuiu, e os anos que sucederam o período de redemocratização o colocaram à prova. Desde o julgamento de casos criminais de grande repercussão, proteção de grupos minoritários e, até mesmo, proteção do regime democrático, a Suprema Corte não se furtou ao exercício de suas obrigações. Atuou de maneira contramajoritária, representativa e, até mesmo, iluminista em diversas oportunidades. Esse emporaderamento, de certa forma, blinda o órgão de iniciativas institucionais de captura. Difícil é a tarefa de realizar uma previsão dos próximos anos para a Corte. Mas até o momento, ela tem se apresentado um órgão imune a investidas, e parte dessa capacidade se deve a seu desenho institucional.

As ações típicas de exercício de jurisdição constitucional possibilitam que o Supremo avalie a constitucionalidade não apenas de medidas legislativas, mas também de emendas constitucionais<sup>303</sup>. Como nem todo ato abusivo emana necessariamente de uma lei em sentido formal, a ADPF tem servido para aumentar o espectro de fiscalização da constitucionalidade dos demais atos normativos. Nesse sentido, é importante destacar o voto do ministro Luís Roberto Barroso em sede de medida cautelar na ADPF n. 622/DF, proposta contra o Decreto n. 10.003/19 que alterou a composição do CONANDA e esvaziou a participação da sociedade civil, numa circunstância que fere o princípio da democracia participativa. Ao apreciar o pedido cautelar, o ministro destacou que a modificação do órgão, embora regular, frustra a

---

<sup>302</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5 ed, Coimbra: Almedina, 2002, 543.

<sup>303</sup> Implicitamente o Supremo adota a teoria das emendas constitucionais inconstitucionais, cujo marco é o MS 20.257, proferido ainda durante o regime da ditadura militar, ocasião em que entendeu admissível a impetração do writ contra ato da Mesa da Câmara e do Senado.

efetiva participação da sociedade civil nas políticas públicas e em seu controle. Embora se trate de um ato isolado, já se sabe que modificações pontuais, isoladas, podem não transparecer a real intenção em um aspecto macro. Afinal, o constitucionalismo abusivo se desenvolve por meio de pequenos atos que, em conjunto, denotam um processo de erosão democrática. A importância do voto é, justamente, sobre essa prática, e o ministro reconheceu expressamente a possibilidade dela, embora admitindo que ainda não seria o caso do Brasil<sup>304</sup>:

O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático. Esse fenômeno tem recebido, na ordem internacional, diversas denominações, entre as quais: “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”. Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo. A lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder autocrático, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empoderamento e permanência no cargo. Experiências de tal gênero estão ou estiveram presentes na Hungria, na Polônia, na Romênia e na Venezuela. O resultado final de tal processo tende a ser a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições. Embora não me pareça ser o caso de falar em risco democrático no que respeita ao Brasil, cujas instituições amadureceram ao longo das décadas e se encontram em pleno funcionamento, é sempre válido atuar com cautela e aprender com a experiência de outras nações. Nessa linha, as cortes constitucionais e supremas cortes devem estar atentas a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma estratégia mais ampla de concentração de poderes, violação a direitos e retrocesso democrático.

O voto é simbólico no sentido de que o Supremo Tribunal Federal está ciente dessa estratégia e já manifesta expressamente os meios pelas quais o movimento se desenvolve. Trata-se de um forte elemento de resguardo institucional que, somado ao *design* expansivo do Tribunal, insere-o não apenas como agente de proteção democrática, mas lhe atribui autossuficiência institucional para lidar com essa circunstância. A jurisprudência do Supremo já se movimenta contra possível prática abusiva, vigilante a tentativas de erosão democrática.

<sup>304</sup> ADPF 622 MC/DF, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, DJ 19/12/19.

Sobre a proteção do regime democrático, nos denominados inquéritos das *Fake News* (Inq n. 4781) e dos Atos Antidemocráticos (Inq n. 4828), o ministro Alexandre de Moraes determinou uma série de medidas com o objetivo de conter ações que, embora justificadas sob o enfoque do exercício de direitos fundamentais, ameaçam a estrutura da democracia brasileira, o que demonstrava aspectos de capacidade institucional na proteção do constitucionalismo brasileiro.

Em outra decisão que teve por escopo a proteção da democracia, o Supremo Tribunal Federal manteve a cassação do ex-deputado Fernando Destito Francischini, por divulgar notícias falsas contra o sistema eletrônico de votação. De acordo com o voto do ministro Edson Fachin, não existiria direito fundamental que abarcasse discursos contra a democracia<sup>305</sup>. Dessa forma, em mais uma oportunidade, o Supremo se posicionou contrário à proteção de discursos que questionem o regime democrático, mesmo que limitado ao sistema eleitoral.

### **3.4 Complexidade política das indicações presidenciais**

A dificuldade de um *court-packing* no Brasil pós-88 ocorre, principalmente, na condição de um constitucionalismo abusivo, em razão da complexidade política das indicações. Muito se deve ao fragmentarismo político que, somado à necessidade de formar um presidencialismo de coalisão, obriga o presidente a dialogar com uma grande quantidade de partidos políticos. A base governamental exige a formação de consenso para a aprovação do nome, que precisa ser aprovado pela maioria absoluta dos 81 senadores. Como o sistema partidário brasileiro é amplo o suficiente para comportar 31partidos, o diálogo acaba por envolver pessoas com interesses e opiniões distintas, mesmo que façam parte de eventual coalisão. No entanto, isso não significa que o presidente deixará de optar por um nome que lhe seja conveniente; a questão é compreender os custos políticos da escolha entre um ou outro nome.

Em estudo acerca das estratégias presidenciais, Prado e Turner observaram que, frente a incertezas políticas, o presidente tentará manter sua influência por outros meios em caso de eventual derrota política<sup>306</sup>, num movimento semelhante ao que John Adams fez no início da

---

<sup>305</sup> Nas palavras do ministro: “Assim, às vezes é necessário repetir o óbvio, não existe direito fundamental a atacar à democracia a pretexto de se exercer qualquer liberdade, especialmente a liberdade de expressão. A lealdade à Constituição e ao regime democrático é devida a todos, sobretudo aos agentes públicos que só podem agir respeitando-a. Não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques à democracia.”. TPA 39 MC-Ref, rel. min. Nunes Marques, 2ª turma, DJ 07/06/22.

<sup>306</sup> PRADO, Mariana; TÜRNER, Cláudia. A democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras

República norte-americana. Para isso, ele utilizaria duas estratégias: maximizar o número de pessoas nomeadas; e escolher de modo a aumentar a permanência dos indicados no órgão. Ou seja, as indicações para o Supremo serviriam de instrumento para manutenção da ideologia de governo, mesmo que o presidente que realizou as indicações deixe o cargo.

As autoras explicam que a forma mais comum de maximização do número de pessoas se dá por meio de alterações legislativas. Porém, como se argumentou anteriormente, modificar a composição do Supremo é um tabu nesse período de redemocratização. Dessa maneira, ressalta-se que a indicação de pessoas mais jovens poderia suprir essa dificuldade, considerando que um ministro ficaria muitos anos no órgão. Além disso, é ressaltado que a partir da adoção da teoria da escolha racional, existiria uma preferência política comum entre o indicado e o partido de governo, conclusão derivada da realidade dos Estados Unidos, onde pesquisas empíricas apontam esse resultado<sup>307</sup>.

Com efeito, se determinado presidente e seu partido forem favoráveis ao aborto, por exemplo, sua indicação será uma pessoa com a mesma inclinação.

Levar essa regra ao pé da letra pode gerar transtornos e colocar a indicação em risco. Veja-se o caso de Robert Bork, nos Estados Unidos, cuja rejeição foi tamanha que o Senado não aprovou seu nome. O presidente Reagan precisou indicar alguém que fosse aceito pelas duas forças políticas do país, Anthony Kennedy.

Ocorre que o sistema de indicações no Direito brasileiro não é explicável com base em uma teoria simples, como a da escolha racional. O modelo norte-americano, apesar de comportar semelhanças, não pode ser usado de parâmetro comparativo pela diversidade política do cenário do Brasil. A disputa política dos Estados Unidos limita-se aos partidos democrata e republicano, diferente do Brasil, que possui mais de 30 partidos, ou seja, a formação da maioria no país americano é mais simples do que aqui. Ademais, a preferência política do indicado não necessariamente conduzirá a forma com que ele pautará sua atuação judicial. Cite-se exemplo da Suprema Corte norte-americana, o *justice* Earl Warren, republicano nomeado pelo presidente Dwight D. Eisenhower, mas responsável pela virada progressista da Corte.

O mesmo é observado com relação à idade dos ministros, pois apesar de se apontar uma queda na média da faixa-etária no período da redemocratização, isso não impediu que

---

e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 28, jan./abr. 2010, p. 28.

<sup>307</sup> SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa; SAWICKI, Andres. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 147-165.

presidentes nomeassem membros com idades mais próximas da aposentadoria compulsória, como o ministro Eros Grau, por exemplo.

Esse modelo atitudinal desenvolvido por Prado e Turner, explicado por Diego Werneck e Leandro Molhano<sup>308</sup>, não é suficiente para traçar uma previsão acerca do posicionamento dos indicados. Isso porque ele deixa de lado a complexidade com que as indicações ocorrem no Brasil. Pode-se questionar, inclusive, o próprio padrão norte-americano, no qual, diversas vezes, os juízes não seguiram a ideologia do presidente que os indicou. A indicação pode possibilitar uma gama de movimentos políticos que vão além da tentativa de influenciar a Corte, de modo que se pode pensar a estratégia de indicações como elemento de influência tanto interno quanto externo.

Os fins políticos externos podem ser resumidos na utilização do poder de indicação como meio de barganha política:

Nesse caso, há uma troca mais ou menos explícita entre o uso do poder de nomeação para agradar certos grupos e o apoio desses mesmos grupos a outras iniciativas importantes para o presidente. Por outro lado, o apoio obtido (ou esperado) com a indicação pode ser mais difuso, como ocorre quando o presidente escolhe uma pessoa com o intuito de agradar certos grupos que já integram sua coalizão, sem vinculação a questões, votações ou decisões específicas que estejam na pauta política<sup>309</sup>.

O jogo político muitas vezes exige concessões mútuas, sendo possível utilizar a indicação como moeda de troca em razão de algum interesse mais relevante. Assim, eventualmente, o presidente pode optar por indicar um nome que não seja de sua escolha, mas de determinado grupo político, em troca de apoio a outro projeto que lhe pareça mais importante. A indicação de determinados perfis que destoam da origem ideológica do presidente pode explicar esse movimento. Luís Inácio Lula da Silva, presidente de esquerda com viés progressista, indicou dois nomes conservadores durante seu mandato: Cezar Peluso e Menezes de Direito<sup>310</sup>. É de conhecimento que o presidente tinha como conselheiro de suas indicações o ex-ministro Márcio Thomaz Bastos, mas no caso específico dessas duas indicações, houve influência do arcebispo Paulo Evaristo Arns<sup>311</sup> no primeiro caso e do então

---

<sup>308</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações Presidenciais Para O Supremo Tribunal Federal E Seus Fins Políticos: Uma Resposta A Mariana Prado E Cláudia Turner. *Revista De Direito Administrativo*, n. 255, 115–143, 2010, p. 139-140. <https://doi.org/10.12660/rda.v255.2010.8434>.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>310</sup> RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 173. Edição do Kindle.

<sup>311</sup> Conforme declaração do próprio ministro Peluso: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-18/entrevista-ministro-cezar-peluso-presidente-stf-cn>. Acesso em: 05/05/2023.

ministro da Defesa Nelson Jobim, no segundo<sup>312</sup>. Pela lógica do modelo atitudinal, não é possível explicar essas duas indicações, senão pela existência de interesses outros que não a mera intenção de influenciar na jurisprudência da Suprema Corte. Em vista disso, argumenta-se que as indicações são um ato complexo, cuja gama de atores que podem influenciar somente é destacada no contexto em que ocorre a indicação.

No mesmo sentido, o ganho de capital eleitoral com o público também motiva essa forma de movimento, como no caso de indicar certa pessoa para captar grupos minoritários. É o caso da indicação de Ellen Gracie Northfleet ao Supremo, que foi entendida como uma preocupação clara na necessidade de a Suprema Corte ter sua primeira mulher<sup>313</sup>. No mesmo sentido, foi a indicação de Joaquim Barbosa, primeiro homem negro a ocupar uma cadeira de ministro<sup>314</sup>. O atual contexto brasileiro segue esse caminho, na medida em que parte da academia e grupos da sociedade pressionam o presidente para que indique uma mulher negra à primeira vacância que ocorrer. Maximizar os votos e ter a opinião pública a seu lado é, também, uma estratégia política. A indicação da pessoa certa pode garantir uma boa parcela de popularidade, mesmo que o presidente não esteja convicto de que essa pessoa julgará conforme sua ideologia.

Quanto à pretensão de obter fins políticos internos, ou seja, de influenciar a jurisprudência do Tribunal, deve-se destacar que a importância da indicação somente ocorre de forma mediata, haja vista que, ao assumir o cargo, o agente é dotado de independência, o que o desvincula da autoridade nomeante. E não necessariamente uma decisão que o juiz adotar será em razão de quem o nomeou, pois não se pode ignorar as preferências e as motivações pessoais de cada magistrado. Retomando o exemplo de indicações do presidente Lula: Dias Toffoli foi seu advogado-geral da União, de formação católica e viés progressista, reconheceu que sua atuação na Corte o tornou um juiz mais liberal e favorável a uma interferência menor do Estado<sup>315</sup>. Assim, não se pode ignorar que o grau de independência dos ministros do Supremo é fator que não garante que a indicação se pautará totalmente nos

---

<sup>312</sup> RECONDO; WEBER, op., cit, p. 172.

<sup>313</sup> Tanto a mídia quanto a própria CCJ do Senador destacaram a indicação. O senador José Fogaça, durante manifestação na CCJ, fez constar em ata sua opinião acerca do nome de Ellen Gracie: “Congratulo-me, portanto, com o Sr. Presidente da República que, pela primeira vez na história deste País, encaminha a esta Casa o nome de uma mulher para exercer o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. Já não era sem tempo”. (Ata Circunstanciada da 44a Reunião da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da 2a Sessão Legislativa Extraordinária, da 51a Legislatura, realizada em 21 de novembro de 2000, p. 3).

<sup>314</sup> A indicação de Joaquim Barbosa teve forte manifestação de entidades de defesa dos direitos humanos, principalmente no que se refere ao problema do preconceito racial.

<sup>315</sup> Em palavras do próprio ministro Dias Toffoli: “Eu penso num Estado menos intervencionista, com uma sociedade mais livre. Quanto mais a sociedade não depender do Estado, melhor para a sociedade (...) Eu tinha uma formação católica social de esquerda – e continuo com ela. Mas me tornei mais liberal.”. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/ex-pt-ministro-diz-que-se-tornou-mais-liberal/>. Acesso em: 05/05/2023.

dogmas da autoridade indicante. Com a assunção ao cargo, perde-se o controle sobre a indicação, de modo a não existir garantia de “fidelidade”. Ademais, o mero fato de decidir conforme o pensamento do partido de governo não é indicativo de sua preferência nesse sentido, ao menos no que se refere ao Supremo Tribunal Federal pós-88<sup>316</sup>.

Isso se deve ao fato de a decisão judicial ser dotada de efeitos políticos e de motivação política. O efeito político ocorre mesmo nos casos em que a decisão tenha sido técnica e resulta da consequência política da conclusão; a motivação política envolve o pensamento particular do magistrado sobre a pauta que lhe foi apresentada para julgar. A partir desses elementos, não é possível traçar um paralelo entre a indicação presidencial e os resultados dos casos em apreciação pelo Supremo. Observe-se o caso da ADPF n. 153, cujo objetivo era analisar a compatibilidade da Lei da Anistia no Brasil. O ministro relator foi Eros Grau, magistrado que durante o período do regime militar foi preso e torturado, porém decidiu pela recepção da lei na Ordem Constitucional de 1988<sup>317</sup>. Pela lógica do modelo atitudinal, o ministro deveria ter decidido contra a citada norma, haja vista sua motivação política, bem como pela ideologia do presidente que o indicou.

Não se pode ignorar que a convergência entre o voto do ministro e a pretensão do presidente indicante pode ocorrer de forma direta, quando a concordância com o resultado se dá em razão de coincidência a respeito do mérito, e de forma indireta na circunstância em que o resultado da decisão não está ligado pelo mérito. Seria o caso em que, embora não concorde com o mérito, há uma postura judicial de autocontenção que justifica a abordagem do ministro, apesar de não concordar com o conteúdo da política apresentada no processo<sup>318</sup>.

Ademais, não se pode perder de vista que dentro dessa gama de possibilidades que tornam o processo de julgamento complexo, os próprios ministros que já estão no Supremo têm preferências. Muitas vezes, eles formam blocos cuja influência possui um peso maior do que a ideologia do presidente que realizou a indicação. Essa constatação advém de pesquisa de Fabiana Luci de Oliveira, ao analisar os votos de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2006, ocasião em que concluiu acerca da “formação de blocos coesos no tribunal e que a nomeação presidencial exerce influência no grau de coesão da corte”<sup>319</sup>. Sua constatação demonstra que, por exemplo, no governo de Fernando Henrique Cardoso, os ministros apresentavam um elevado grau de coesão nos julgamentos. Com base nessa

---

<sup>316</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a strategic revolution in judicial politics: a look back, a look ahead. *Political Research Quarterly*, v. 53, n. 3, p. 625-661, 2000.

<sup>317</sup> ADPF 153, Min. Rel. Eros Grau, DJ 29/04/2010.

<sup>318</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, op., cit, p. 135.

<sup>319</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justice, professionalism and politics in the exercise of judicial review by Brazil's Supreme Court*. *Brazilian Political Science Review*, v. 2, n. 2, 2008, p. 93-116.

particularidade, há possibilidade de o presidente optar por um nome mais agregador, ao invés de simplesmente indicar uma pessoa cujo pensamento se aproxime do seu.

Outro fator que dificulta eventual *court-packing* no sistema brasileiro é a capacidade política do próprio Supremo. Formalmente, os procedimentos de escolha e de sabatina estão sujeitos ao sistema de freios e contrapesos com participação do Executivo e do Legislativo. Porém, não se pode ignorar que a opinião pessoal dos ministros que compõem o Supremo tem peso. O órgão, como instituição, e os ministros, de maneira individual, fazem parte desse jogo político, o que torna ainda mais incerto que eventual indicação seja aprovada, muito embora, no período pós-88, não tenha havido rejeições<sup>320</sup>. Esse fato pode ser exemplificado com a indicação do ministro Edson Fachin, que contou com forte apoio do ministro Gilmar Mendes, haja vista que Dilma Rousseff, quando o indicou, não trabalhou em prol de sua aprovação. Nesse caso, a popularidade da presidente havia se desintegrado em razão do baixo índice de aprovação de seu governo – apenas 13% a aprovavam na época<sup>321</sup>. Não são poucas as vezes em que os nomes dos indicados são apresentados para os membros da Corte, com o objetivo de verificar o grau de aceitação.

Dessa forma, a variedade de atores que participam das indicações ao Supremo torna esse ato complexo, não bastando uma mera preferência ideológica para que o nome seja automaticamente aprovado. Essa realidade demonstra que empacotar a Corte por meio da inserção de membros fiéis ao presidente não é uma tarefa simples. Imagine-se, então, dominar um órgão com grau de empoderamento que o tornou uma célula viva da política brasileira, com preferências e pautas próprias. Muitas vezes a proximidade com o presidente pode ter efeito contrário, tornando mais difícil a aprovação do nome. É o caso do ministro André Mendonça, que tem recorde de rejeição do Senado, aprovado por 47 votos contra 32 de rejeição. Ele exerceu os cargos de Ministro da Justiça e de Advogado-Geral da União no governo Bolsonaro, e sua atuação no Executivo gerou forte atuação contrária da oposição, inclusive com a participação de antigos aliados do presidente, como o senador Davi Alcolumbre. Ele “segurou” a sabatina na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, por preferir o nome do Procurador-Geral da República Augusto Aras<sup>322</sup>.

Como já foi observado, o maior número de veto players e a fragmentação política garantem uma independência judicial mais robusta, ao contrário da monopolização do poder

---

<sup>320</sup> Na história do Supremo apenas nomes indicados por Floriano Peixoto foram rejeitados: Barata Ribeiro, Inocêncio Galvão de Queirós, Ewerton Quadros, Antônio Sève Navarro e Demóstenes da Silveira Lobo.

<sup>321</sup> RECONDO; WEBER, op., cit, p. 137-139.

<sup>322</sup> Alcolumbre ganha apoio para atrasar sabatina de André Mendonça no Senado. CNN, 2021. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/alcolumbre-ganha-apoio-para-atrasar-sabatina-de-andre-mendonca-no-senado/>. Acesso em: 08/05/2023.

de indicação. Nesse quesito, é possível observar que a complexidade política do contexto brasileiro trabalha em prol de uma maior garantia de sua autonomia. Curiosamente, essa conclusão se contrapõe ao sistema de indicações pensado por Hamilton que, embora defensor do controle da opção presidencial pelo Senado, advoga, em seu artigo federalista n. 76, em prol de o poder de indicação pertencer de forma única a uma única pessoa, ao invés da escolha recair sobre uma assembleia. Diz ele:

[...] toda vez que o poder de preencher cargos é exercido por uma assembleia, podemos esperar ver uma completa exposição de todos os afetos e desafetos pessoais e partidários, simpatias e antipatias, fidelidades e animosidades alimentados pelo que compõem a assembleia. Sob essas circunstâncias, qualquer escolha que se faça em qualquer momento será evidentemente o resultado ou da vitória obtida por um partido sobre outro, ou de um acordo entre partidos. Em ambos os casos, o mérito intrínseco do candidato será com grande frequência desconsiderado.(...) No segundo, a coalizão se fará em geral com base em alguma troca interesseira: Deemos o homem que queremos para este cargo e terão o que querem para aquele outro. Essa será a condição usual da barganha. E raramente a melhoria do serviço público será o objetivo básico, seja das vitórias, seja das negociações partidárias<sup>323</sup>.

Dessa forma, a barganha política da indicação seria um ponto negativo, haja vista que o interesse público não seria observado. Ocorre que sua preocupação estava centrada no consenso pela indicação do nome e não no controle que a assembleia exerceria sobre a indicação do presidente. Como foi observado, a fragmentação política e, até mesmo, o interesse individual de determinados agentes constituem veto a opções do presidente, que em alguma medida é capaz de impedir excessos. O poder de indicação tem natureza política e dela não é possível despir os métodos e procedimentos que lhe são próprios, sejam positivos ou negativos.

---

<sup>323</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas*. Tradução Maria Luiza X de A. Borges. São Paulo. Faro Editorial, 2021.

## CONCLUSÕES

O presente trabalho teve por objetivo verificar a situação em que se encontra o Brasil, no que se refere aos movimentos de *court-packing* e de *constitutional hardball* para captura do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foi necessário determinar aspectos primordiais à compreensão do problema. O primeiro deles foi tentar demarcar a tênue linha que existe entre o *constitutional hardball* e o constitucionalismo abusivo, em razão da complexidade pós-moderna com que o jogo político é praticado. Afinal, existem movimentos que, embora guardem aparência de legitimidade, são, em substância, práticas que visam minar o ponto central do regime democrático. Assim, é inviável entender a realidade do Brasil sem antes lançar luz a um problema que é compartilhado por diversos sistemas constitucionais. Motivações políticas nem sempre são claras. Por isso, conceitos não podem ser determinados sem o devido acompanhamento de contexto, inclusive com observações mais amplas do que a simples indicação realizada para determinada Corte.

Reduzir ou aumentar o tamanho de um tribunal, substituir seus membros, modificar a idade de aposentadoria e alterar as regras de competência são, em princípio, discussões saudáveis à própria democracia, mas desde que debatidas em um ambiente de regularidade institucional. A percepção do abuso constitucional demanda que o contexto do país seja levado em consideração. Capturar uma Suprema Corte não é estratégia isolada, haja vista que os diversos *designs* constitucionais atribuem proteção democrática a outros órgãos, além da típica tripartição de poderes. Nesse sentido, observou-se que um dos sintomas seria a redução dos vetos governamentais aptos a enfraquecer o sistema de freios e contrapesos com forte implicação na concorrência eleitoral. Com a cooptação de diversas instituições de estado, dificilmente o líder autoritário terá concorrência a sua posição. Essa manifestação fica evidenciada nos países estudados, Hungria, Polônia e Venezuela.

Algumas variações são encontradas no modo como o *court-packing* anticonstitucional se manifesta: alteração legislativa, modificações por meio de emendas constitucionais ou, até mesmo, a realização de uma constituinte. Tudo vai depender da maioria que o partido detém para dispor de todos esses mecanismos.

Paralelamente, o trabalho também demonstrou como os ideais de democracia liberal, *designs* constitucionais, doutrinas e conceitos podem servir a ideias antidemocráticas. O fenômeno, evidentemente, é superior ao escopo da pesquisa, que se limitou a pontuar seus efeitos sob o empacotamento das Supremas Cortes, no entanto, de fundamental compreensão em razão da influência sinérgica que já foi explicada anteriormente. Não existiria interesse de

líderes autoritários em um órgão que não tivesse capacidade institucional de impedi-los de cumprir seus objetivos. E isso ocorre em razão da expansão dos poderes que o Judiciário adquiriu na evolução da história. Embora tenha sido concebido meramente como um “poder desarmado”, nas palavras do ministro Ayres Britto, a complexidade que a sociedade adquiriu com experiências passadas exigiu que seu escopo de atuação e seus mecanismos de defesa fossem aprimorados, de modo que houve uma ressignificação de suas funções. Hoje, as mais variadas Supremas Cortes possuem capacidades que vão além da análise de mera compatibilidade entre atos legais e a Constituição: conduzem *impeachments*; podem barrar políticos e partidos do processo eleitoral; invalidam emendas constitucionais em razão de seu mérito; reinterpretam cláusulas constitucionais imutáveis. Nenhum processo que pretenda enfraquecer a democracia obtém sucesso sem superar a dificuldade imposta por um ente com tamanha capacidade.

A depender do histórico de independência judicial, líderes autoritários podem atuar com o objetivo de enfraquecer sua Suprema Corte, em verdadeiros movimentos de *court-curbing*, como a redução de sua competência, imposição de limitações sobre os temas a serem apreciados, restrições de acesso ao tribunal, sucateamento institucional e orçamentário, negativa na publicação das decisões. Essas medidas dificilmente são desacompanhadas de um discurso reformista que visa encobrir a real intenção da manobra. Pelo que foi apurado, essa estratégia objetiva tornar a instituição mais suscetível à etapa seguinte, o próprio *court-packing*. Não que o *court-curbing* seja etapa necessária a dominação da Corte, mas se apresenta como um instrumento de “domesticação” de um órgão resistente aos avanços autoritários.

Depois de dominado, o Tribunal pode atuar de maneira passiva, quando avaliza medidas legislativas inconstitucionais, ou de forma agressiva, de modo a tomar iniciativas que, por si só, já ensejam em resultados antidemocráticos. A partir do uso da *abusive judicial review*, o governo autoritário dificilmente encontrará barreiras que o impeçam de promover as reformas que pretende e ainda será capaz de afastar eventual oposição de assumir o poder.

A experiência comparada serviu não apenas de base conceitual, mas também de elemento de confrontação entre contextos e *designs* para a avaliação da realidade brasileira.

Ao avaliar a manifestação desses fenômenos e a possibilidade de utilização dessas estratégias no sistema constitucional do Brasil, concluiu-se que três elementos atuam de forma conjunta para impedir uma captura do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à sua forma anticonstitucional: i) a construção da espectralidade do constitucionalismo brasileiro a partir das experiências que a Corte sofreu no passado, principalmente durante o período do regime

militar; ii) o *design* constitucional oriundo da arquitetura do constituinte de 1988 que fortaleceu institucionalmente o Supremo, tornando-o um órgão autossuficiente para repelir eventual investida autoritária; iii) a complexidade política das indicações, que não limita-se a uma mera escolha de preferência do presidente.

Fatos recentes da história brasileira colocaram o Supremo à prova, e o resultado não foi outro senão a demonstração de resiliência institucional. Apesar de muitas críticas sobre sua atuação, o fato é que a democracia é um valor muito caro a ser deixado ao acaso. No entanto, em termos institucionais, observou-se que os movimentos sobre o Supremo Tribunal Federal não passam de um jogo político mais agressivo que, na maioria das vezes, não se concretiza em razão de uma desconfiança cultural acerca das propostas que visam alterar sua estrutura. Soma-se, ainda, a dificuldade de se proceder uma coalisão concisa para modificações legislativas desse nível, devido à peculiaridade do sistema político brasileiro.

Devem ser destacados os três elementos de proteção institucional do Supremo funcionam no Brasil em decorrência de uma experiência muito própria da Suprema Corte, o que não significa que funcionariam em outros sistemas constitucionais. Porém, pode-se perceber que as amarras da estrutura brasileira, caso adotadas nos países que serviram de parâmetro para a comparação, ajudariam a conter as investidas que ocorreram. A discussão não se fecha a partir dessas conclusões, mas contribui para o diálogo, afinal, o fenômeno estudado é dinâmico e sofre influências a partir da realidade em que é inserido. O fato é que o *design* constitucional é fundamental para tornar o Estado mais propício à captura que outros<sup>324</sup>, e nesse ponto a pesquisa demonstra que o Supremo Tribunal Federal possui arquitetura particular, além do próprio aspecto cultural-histórico, que lhe confere capacidades institucionais de resiliência constitucional.

Não se ignoram as críticas e as contestações acerca da expansão dos poderes e do papel do Supremo. Porém, como se observou, a democracia encontra-se em constante perigo e sua proteção parte da necessidade de institucionalizar os órgãos de estado com os meios necessários à sua consecução. A crise de representatividade é o sintoma que explica esse fenômeno, mas o sistema político sempre terá sua própria capacidade institucional na contenção de excessos. O Brasil mesmo já experimentou isso em sua história recente, de modo que não parece certo compreender que o artigo n. 78 do Federalista se tornou obsoleto.

---

<sup>324</sup> DIXON; LANDAU, op., cit, p. 178.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, GEORGES. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4 ed. São Paulo. Thomas Reuters: Revista dos Tribunais, 2020.
- ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. Companhia das Letras, 1ª edição. São Paulo, 2018.
- ALBERT, Richard. *Constitutional Amendment and Dismemberment*. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018.
- ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. *International Journal of Constitutional Law*. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 4, pp. 572-581, 2005.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Organizador/Tradutor Luís Afonso Heck. Imprensa: Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2015.
- ARGUELHES, Diego Wemeck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. *Universitas Jus*, 25(1), 2014.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Turner*. *Revista De Direito Administrativo*, 255, 115–143, 2010. <https://doi.org/10.12660/rda.v255.2010.8434>.
- BARROSO. Luis Roberto. *A Judicialização da Vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. *Um outro país: Transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies*. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017.
- BECKHER, Rodrigo Frantz. *Suprema Corte dos EUA; casos históricos (IDP)*. São Paulo: Almedina Brasil. Edição do Kindle.
- BENSON, Thomas W. *American Rhetoric: Context and Criticism*, Carbondale, Illinois: Southern Illinois University Press, 1989.
- BICKEL, Alexander. *The least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs Merrill, 1962.
- BLISA, Adam; David Kosař. *Court Presidents: The Missing Piece in the Puzzle of Judicial Governance*. *German Law Journal*, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Editora Paz & Terra, 18ª edição, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003
- BRAVER, Joshua. *Hannah Arendt in Venezuela: The Supreme Court Battles Hugo Chávez over the Creation of the 1999 Constitutions*, 14 *International Journal of Constitutional Law* 555, 2016.

- BREWER-CARÍAS, Allan; SOTO, Carlos García (eds). *Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Jurídica Venezolana, 2017.
- BUGARIC, Bojan; GINSBURG, Tom. *The Assault on Postcommunist Courts*. *Journal of Democracy* 27, n. 3. 2016.
- BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. Editora Edipro, 2014.
- CAMERON, Maxwell A. *Endogenous Regime Breakdown: The Vladivideo and the Fall of Peru's Fujimori*. In: *The Fujimori Legacy: The Rise of Electoral Authoritarianism in Peru*. Pennsylvania state University Press, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed, Coimbra: Almedina, 2002.
- CHANG, Wen-Chen, *Back into the political? Rethinking judicial, legal, and transnational constitutionalism*, 2019, *17 International Journal of Constitutional Law* 453, 453-60.
- CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. ALCEU: revista de comunicação, cultura e política, v.5, n. 9, 2004.
- COPPEDGE, Michael. *Strong Parties and Lame Ducks: Presidential Party Archy and Factionalism in Venezuela*, Stanford: Stanford University Press, 1994.
- DAVIES, Christian. *Hostile Takeover: How Law and Justice Captured Poland's Courts'*. Freedom House, 2019.
- DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. Irvignton Pub, 1993.
- DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Ed. UnB, 1ª ed, 2001.
- DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- DEIK, Carolina. *El Juez Constitucional Colombiano: Artífice de la Constitución y Garante del Estado de Derecho*. *Crisis Del Estado de Derecho*, edited by Carolina Deik, 1st ed., Universidad del Externado, 2018.
- DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing (Oxford Comparative Constitutionalism)*. OUP Oxford. Edição do Kindle.
- DRINÓCZI, Tímea; BIÉN-KACALA, Agnieszka. *Illiberal constitutionalism in Hungary and Poland: The case of judicialization of politics*. *German Law Journal* 20(8):1140-1166, 2019.
- DUMAS, Alexandre. *O Conde de Monte-Cristo*. Martin Claret; 1ª edição, 2020.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- EKIERT, Grzegorz Ekiert. *How to Deal with Poland and Hungary*. Occasional Paper 13, Center for European Studies, Harvard University (Aug. 17, 2017), available at <https://www.socialeurope.eu/book/op-deal-poland-hungary>, archived at <https://perma.cc/97UR-CC2Z>.
- ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints (English Edition)*. Cambridge University Press, 2000. Kindle Edition.
- ELSTER, Jon. *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 *Duke Law Journal* 364-396, 1995.

- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a strategic revolution in judicial politics: a look back, a look ahead. *Political Research Quarterly*, v. 53, n. 3, p. 625-661, 2000.
- FICO, Carlos. Além do golpe – versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Law*, v. 49, 2001.
- GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? *53 Colum J Transnat'l L* 285, 2015.
- GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.
- GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto. Introduction. In: GINSBURG, TOM; SIMPSON, Alberto (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Chicago: Cambridge University Press, 2014.
- GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies*. Cambridge University Press, 2009.
- GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. *Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge University Press 2008.
- GRABER, Mark A. The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order. *Annual Review Law of Social Science* 4:36-62, 2008.
- GREENHOUSE, Linda. *The U.S Supreme Court*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo, pasado, presente y futuro*. Serie Intermedia de Filosofía y Teoría Jurídica N. 29, Universidad Externado, 2020. Edição do Kindle.
- GROVE, Tara Leigh. *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*. Faculty Publications, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editora Ástrea ed Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2005.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas*. Tradução Maria Luiza X de A. Borges. São Paulo. Editora Faro Editorial, 2021.
- HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Martins Fontes, 2020.
- HELMKE, Gretchen. The Origins of Institutional Crises in Latin America. *American Journal of Political Science* 54 (3), 2010.
- HIRSCHL, Ran. “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. First Harvard University Press, 2004.
- HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

- HOLMES, Pablo. A sociedade civil contra a população: Uma teoria crítica do constitucionalismo de 1988. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020.
- ISSACHARROFF, Samuel. *Fragile Democracies*. Harvard Law Review n. 1.405, 2006.
- KHAITAN, Tarun. Killing a Constitution with a Thousand cuts: Executive Aggrandizement and Party-State Fusion in India. *14 Law & Ethics of Human Rights* 49, 2020.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’, *California Law Review* 92, 2004.
- KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.
- KOMMERS, Donald P; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3ª ed, Duke, 2012.
- KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz. Farewell to the Separation of Powers – On the Judicial Purge and the Capture in the Heart of Europe. (VerfBlog, 19 July 2017) <<http://verfassungsblog.de/farewell-to-the-separation-of-powers-on-the-judicial-purge-and-the-capture-in-the-heart-of-europe>>.
- KORNAI, János. Hungary’s U-Turn: Retreating from Democracy. *Journal of Democracy* 26, n. 43 (jul. 2015).
- KOSAR, David; SIPULOVA, Katarina. How to Fight Court-Packing? *Constitutional Studies*, Vol. 6, No. 1, 2020.
- KOVÁCS, Kriszta; SCHEPPELE, Kim Lane. The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland—and the European Union, *Communist and Post-Communist Studies*, Elsevier, Amsterdam, Vol. 51, Iss. 3, pp. 189-200, 2018.
- LAMBERT, Eduard. *Le Gouvernement de Juges*. Paris: Dalloz, 2005.
- LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy (April 1, 2019). *53 UC Davis Law Review* 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907.
- LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Tiered Constitutional Design, *86 Geo. Wash. L. Rev.* 438, 2018.
- LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California, Davis Law Review*, v. 47, n. 189, 2013.
- LEELAPATANA, Rawin; ASANASAK, Suprawee. Determining What is ‘Thai’: Thailand’s Constitutional Court and Identity Polarisation, *Int’l J. Const. L. Blog*, Feb. 24, 2023, at: <http://www.iconnectblog.com/2021/02/symposium-constitutional-struggles-in-asia-part-v-determining-what-is-thai-thailands-constitutional-court-and-identity-polarisation>.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Zahar, Rio de Janeiro, 1ª ed, 2018.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*, v.2, 2008.
- LOUGHLIN, Martin. *The Foundations of Public Law*. Oxford University Press. Edição do Kindle.
- LUHMANN, Niklas. *A sociological theory of law*. Routledge e Kegan Paul, 1985.
- LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na Política e a Política no STF: Poderes, Pactos e Impactos para a Democracia*. São Paulo, Saraiva Jur; 1ª edição. 2020.

- MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, v. 43, n. 172, out./dez. 2006.
- MACKLEM, Patrick. Macklem, Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination. *4 INT'L J. CONST. L.* 488, 491, 2006.
- MARCANO, Cristina; TYSZKA, Alberto Barrera. Hugo Chávez. Nova York: Random House, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2010
- MENJIVAR, Manuel Adrian Merino When judges unbound Ulysses: the case of presidential reelection in El Salvador, *Int'l J. Const. L. Blog*, Sept. 9, 2021.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. *American Constitutional Interpretation*. New York: The Foundation Press, 1995.
- CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *O Supremo Tribunal Federal entre os Governos FHC e Lula: processo decisório e redes de votação*, 2010. Pós-Doutorado (Ciência Política) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Justice, professionalism and politics in the exercise of judicial review by Brazil's Supreme Court. *Brazilian Political Science Review*, v. 2, n. 2, 2008.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americanas: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. UnB e Finatec, 2008.
- PAIXÃO, Cristiano. A constituição em disputa: transição ou ruptura? In: SEELAENDER, Aírton (org.) *História do Direito e construção do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patricia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- PINHEIRO, Douglas. O constitucionalismo espectral: presença, tempo e narrativa à luz de Roque Larraquy. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, 20(3), 199-224. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i3.1760>>.
- POZEN, David. Self-Help and the Separation of Powers, *124 YALE L.J.* 2, 34, 2014.
- POZEN, David. Constitutional Bad Faith. *Harvard Law Review*, vol. 129, p. 885, 2016.
- PRADO, Mariana; TÜRNER, Cláudia. A democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 28, jan./abr. 2010.
- PREUSS, Ulrich. The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience. *Israel Law Review*, 44(3), 2011.
- PRINGLE, Henry F. *The Life and Time of William Howard Taft: A Biography*, New York, 1964.

- PRZEWORSKI, Adam. Democracia e mercado no Leste Europeu e na América Latina. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La ignorancia deliberada en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2007.
- RECONDO, Felipe. Tanques e togas. Coleção arquivos da repressão no Brasil. Companhia das Letras, São Paulo, 2018. Edição do Kindle.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze. Companhia das Letras, São Paulo, 2019, p. 173. Edição do Kindle.
- REYBROUCK, David Van. Contra eleições. Editora Âyiné, 2020.
- ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha Viz. A Construção Social dos Regimes Autoritários: Brasil e América Latina. Volume II, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: princípios do direito político. Editora Edipro, 2020.
- ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- SADURSKI, Wojciech. Poland's Constitutional Breakdown. Oxford Comparative Constitutionalism, 2019. OUP Oxford. Edição do Kindle.
- SADURSKI, Wojciech. Rights Before Courts. 2ª ed, Springer, 2014.
- SANTOS, André Marenco dos; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1829-2006). Revista de Sociologia e Política (UFPR. Impresso) , v. 16, p. 131-149, 2008.
- SARMENTO, Daniel. Direitos, Democracia e República: Escritos de Direito Constitucional. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2018.
- SCHEPPELE, Kim. Understanding Hungary's Constitutional Revolution. In: BOGDANDY, Armin Von; SONNEVEND, Pál (eds.). Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SCHLESINGER JR, V. Arthur. The Supreme Court: 1947. Fortune, jan. 1947.
- SCHMITT, Carl. La Defensa de la Constitución. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2ª ed, 1998.
- SCHWARTZ, Bernard. The unpublished opinions of the Burger Court. New York: Oxford University Press, 1988.
- SCHWARTZ, Bernard. A History of the Supreme Court. New York: Oxford University Press, 1993.
- SEGADO, Francisco Fernández. The Spanish constitution in the european constitutional contexto: La constitución spañola em el contexto constitucional europeo, Madrid: Dykinson, 2003.
- SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John. Presidents and Assemblies : Constitutional Design and Electoral Dynamics. Cambridge : Cambridge University Press, 1992.
- SIEDER, Rachel et al. (Eds.). The judicialization of politics in Latin America. New York: Palgrave MacMillan, 2005.
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa: o que é o Terceiro Estado?. Editora Freitas Bastos, 2014.

- SILVA, Afonso Virgílio da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 ed – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constituição do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea*. São Paulo: EPU, v1. 1977.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SUCHOCKA, Hanna Suchocka. *Checks and Balances under the New Constitution of Poland in Mirosław Wyrzykowski*. Institute of Public Affairs, 1999
- SUSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa; SAWICKI, Andres. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn't Mean What it Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Ed. Universidade de São Paulo, 1977.
- TONSAKULRUNGRUANG, Khemthog. *Entrenching the Minority: The Constitutional Court in Thailand's Political Conflict*. 26 *Washington LJ* 247, 258, 2017.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: New Jersey, 2000.
- TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra, 2013.
- TUSHNET, Mark; BUGARIC, Bojan. *Power to the People*. Oxford University Press. Edição do Kindle.
- TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. *The John Marshall Law Review*, 37, 2004.
- TUSHNET, Mark. *Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law*, in *The Migration of Constitutional Ideas* 67, Sujit Choudhry ed., 2006.
- TUSHNET, Mark. *The New Fourth Branch: Institutions for Protecting Constitutional Democracy (Comparative Constitutional Law and Policy)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- VAROL, Ozan O. *Stealth Authoritarianism*. *Iowa Law Review*, Estados Unidos, 2015, n. 100.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: *Revista Direito GV*. São Paulo: jul-dez/2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente*. In *DRIMOULIS, Dimitri (et all). Resiliência Constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

WALPIN, Gerald. *The Supreme Court vs. the Constitution*. Nova Iorque: Significance Press, 2013.

WEINGAST, Barry. Designing Constitutional Stability. In: CONGLETON, Robert; SWEDENBORG, Birgitta. *Democratic Constitutional Design and Public Policy Analysis and Evidence*. Cambridge: MIT Press, 2006, p. 343.

WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008.

WYRZYKOWSKI, Mirosław. Legitimacy: The Price of a Delayed Constitution. *Democratic Consolidation in Europe*, vol. 1, 2001.

YASUMOTO, Morigawa; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis. *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of King to the Rule of Law*. Londres: Springer, 2011. Kindle Edition.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1993.