

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA  
CAMPUS SÃO BORJA  
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA SCHIFELBEIN DA ROSA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABUSIVA E SEUS REFLEXOS NA DEMOCRACIA  
BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

SÃO BORJA

2024

LARISSA SCHIFELBEIN DA ROSA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABUSIVA E SEUS REFLEXOS NA DEMOCRACIA  
BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Trabalho de Conclusão do Curso  
apresentado ao Curso de Direito  
da Universidade Federal do  
Pampa, como requisito parcial  
para obtenção do Título de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Dra. Viviane  
Teixeira Dotto Coitinho

SÃO BORJA

2024

Ficha catalográfica elaborada automaticamente com os dados fornecidos  
pelo(a) autor(a) através do Módulo de Biblioteca do  
Sistema GURI (Gestão Unificada de Recursos Institucionais) .

R323j	<p>Rosa, Larissa Schifelbein da</p> <p>Jurisdição constitucional abusiva e seus reflexos na democracia brasileira contemporânea / Larissa Schifelbein da Rosa.</p> <p>50 p.</p> <p>Trabalho de Conclusão de Curso(Graduação)- Universidade Federal do Pampa, DIREITO, 2024.</p> <p>"Orientadora: Viviane Teixeira Dotto Coitinho".</p> <p>1. constitucionalismo. 2. constitucionalismo abusivo. 3. jurisdição constitucional abusiva. 4. tribunal constitucional brasileiro.</p>
-------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

LARISSA SCHIFELBEIN DA ROSA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABUSIVA E SEUS REFLEXOS NA DEMOCRACIA  
BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Trabalho de Conclusão do Curso  
apresentado ao Curso de Direito  
da Universidade Federal do  
Pampa, como requisito parcial  
para obtenção do Título de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Dra. Viviane  
Teixeira Dotto Coitinho

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e aprovado em: 08 de julho de 2024.

Banca examinadora:

---

Prof. Dra. Viviane Teixeira Dotto Coitinho  
Orientador  
Unipampa

---

Prof. Dr. Airton Guilherme Berger Filho  
Unipampa

---

Prof. Dr. Thiago da Silva Sampaio  
Unipampa

SÃO BORJA

2024



Assinado eletronicamente por **VIVIANE TEIXEIRA DOTTO COITINHO**, **PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR**, em 10/02/2025, às 14:43, conforme horário oficial de Brasília, de acordo com as normativas legais aplicáveis.

---



Assinado eletronicamente por **THIAGO DA SILVA SAMPAIO**, **PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR**, em 10/02/2025, às 21:16, conforme horário oficial de Brasília, de acordo com as normativas legais aplicáveis.

---



Assinado eletronicamente por **AIRTON GUILHERME BERGER FILHO**, **PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR**, em 11/02/2025, às 16:43, conforme horário oficial de Brasília, de acordo com as normativas legais aplicáveis.

---



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

[https://sei.unipampa.edu.br/sei/controlador\\_externo.php?](https://sei.unipampa.edu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.unipampa.edu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **1666186** e o código CRC **1A11B082**.

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo discorrer sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, e sua utilização de mecanismos constitucionais em potencial fragilização da ordem democrática. Para tanto, é necessário estabelecer as bases teóricas do constitucionalismo, abordando a limitação do poder estatal, o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional, bem como a separação de poderes e a legitimidade do Poder Judiciário. Ademais, é explorado o conceito de “Constitucionalismo Abusivo”, desenvolvido por David Landau, e relacionando à atuação do STF, avaliando se há, ou não, a prática do constitucionalismo abusivo no âmbito jurisdicional constitucional brasileiro. Para este objetivo, foi realizada uma vasta pesquisa bibliográfica a respeito do assunto. Conclui-se que, em alguns casos, o Tribunal Constitucional brasileiro utilizou-se de mecanismos constitucionais para praticar o constitucionalismo abusivo e minar a democracia liberal.

Palavras-Chave: constitucionalismo abusivo; tribunal constitucional; ativismo judicial; democracia.

## **ABSTRACT**

The present research aims to discuss the actions of the Federal Supreme Court and its use of constitutional mechanisms that potentially weaken the democratic order. To this end, it is necessary to establish the theoretical bases of constitutionalism, addressing the limitation of state power, constitutionality control, and constitutional jurisdiction, as well as the separation of powers and the legitimacy of the Judiciary. Furthermore, the concept of “Abusive Constitutionalism” developed by David Landau, is explored, relating it to the actions of the STF, evaluating whether or not there is a practice of abusive constitutionalism within the Brazilian constitutional jurisdiction. For this objective, vast bibliographical research was carried out on the subject. It is concluded that, in some cases, the Brazilian Constitutional Court used constitutional mechanisms to practice abusive constitutionalism and undermine liberal democracy.

Keywords: abusive constitutionalism; constitutional court; judicial activism; democracy.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE CONSTITUCIONALISMO.....	8
2.1. Constituição, Controle de Constitucionalidade e Jurisdição Constitucional.....	11
2.2. A tripartição de poderes.....	15
2.3. Revisões Judiciais Abusivas: um reflexo do constitucionalismo abusivo.....	18
3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABUSIVA E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CONFORME A POSTURA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	23
3.1. Condução da jurisdição constitucional abusiva pelo judiciário brasileiro.....	26
3.2. Ativismo Judicial versus Ativismo Constitucional pela Suprema Corte Brasileira.....	32
3.3. Democracia Constitucional e Constitucionalismo Abusivo.....	36
4. CONCLUSÃO.....	41
5. REFERÊNCIAS.....	45

## 1. INTRODUÇÃO

A história mundial revela que os regimes autoritários do passado eram formados, em sua maioria, a partir de golpes militares ou implementados por meio de práticas manifestamente inconstitucionais. Doravante às redemocratizações ocorridas internacionalmente no segundo Pós-Guerra, a democracia constitucional revelou-se a forma de governo ideal para a maior parte dos países.

O constitucionalismo, em sua essência, diz respeito à limitação do poder estatal para proteção dos direitos e das liberdades individuais, de maneira que a constituição serve como mecanismo de contenção de tal poder. Todavia, uma nova forma de consolidação de regimes autoritários vem se manifestando nos regimes democráticos atuais, porquanto utilizam-se de dispositivos constitucionais legítimos para minar a ordem democrática de um país.

Tal fenômeno foi identificado pelo constitucionalista norte americano David Landau como Constitucionalismo Abusivo, cujos atores e as forças políticas dominantes tendem controlar os ramos do governo e os mecanismos de controle horizontais de verificação dos agentes políticos.

A respeito da temática, a presente pesquisa visa analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), considerado garantidor da democracia, utilizando-se, em certas ocasiões, de mecanismos constitucionais para fragilizar a ordem democrática.

Para tanto, o primeiro capítulo estabelece as bases teóricas que possibilitam o entendimento e a abrangência da expressão “constitucionalismo”, evidenciando a heteromorfia de tal proposição e a disputa doutrinária para compreender a sua definição no âmbito jurídico. Ainda, serão apresentadas diversas facetas relevantes ao desenvolvimento do assunto, compreendendo a relação entre Constituição, Controle de Constitucionalidade e Jurisdição Constitucional.

Para tais fins, a jurisdição constitucional denota a atividade exercida no âmbito do Tribunal Constitucional, à medida que cumpre o papel de guardião da supremacia constitucional e das bases democráticas da coletividade. Por conseguinte, é ponderado sobre o princípio da separação dos poderes como cláusula pétreia, bem como a legitimidade democrática do Poder Judiciário perante os seus limites constitucionalmente estabelecidos.

Nesse contexto, questiona-se o aumento da área de atuação funcional de um poder sobre o outro, sobremaneira a expansão do Poder Judiciário, cujo qual exerce

demasiadamente funções atípicas que não pertencem às suas atribuições originais, sobretudo na esfera legislativa.

Por fim, é feita a abordagem do conceito de constitucionalismo abusivo propriamente dito, baseando-se principalmente na tese desenvolvida por David Landau. Deste modo, foi percorrida todas as nuances do fenômeno, ou seja, sua definição, extensão e limites, propostas pelo autor.

Também, foi examinada a proposta de constitucionalismo abusivo e a revisão judicial abusiva a partir da visão de Rosalind Dixon, circunstâncias as quais os autocratas transformaram os tribunais em armas a favor de mudanças constitucionais abusivas, e não contra, ou então, através de revisões abusivas, os tribunais prejudicam em vez de proteger ou promover a democracia. Para tanto, foi utilizado o modelo venezuelano de Hugo Chávez, e o modelo boliviano de Evo Morales, para elucidar o tópico do constitucionalismo abusivo.

No segundo capítulo, o ponto central da pesquisa abrange as referências anteriormente trabalhadas, contribuindo para análise específica da práxis constitucional exercida pelo Tribunal Constitucional brasileiro.

O propósito teórico nesta etapa é verificar se a Suprema Corte brasileira incide no constitucionalismo abusivo e como tal fato se materializa na esfera jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Para isso, será averiguado a partir de eixos de atuação que, quando realizados pelo STF, se amoldam ao constitucionalismo abusivo.

O primeiro eixo tem relação com a prática de abuso da Corte por meio da sincronicidade, cuja causalidade se oculta na retaguarda de episódios provenientes do exercício de um tribunal, em que os aspectos estratégicos, por vezes, se mostram como um sintoma do constitucionalismo abusivo na esfera da justiça constitucional. Além disso, há o uso deslocado da subsunção pela cúpula do Poder Judiciário, que ocorre quando há interpretação diversa sobre idêntica questão jurídica, distinguindo-se conforme as partes ou os interesses incorporados aos autos.

Ainda, a discussão diz respeito ao poder de decisão individual que cada ministro da Corte e, embora as medidas cautelares monocráticas se caracterizarem como medidas de exceção, os membros do Tribunal Constitucional têm exagerado deste recurso, apesar de, em sua maioria, as decisões não vislumbrar a urgência que o justifique. Portanto, o caráter provisório de tais deliberações acabam por substituir ou mesmo tornar inútil o próprio julgamento de mérito, de forma que a exceção substituiu a regra, qual seja, o julgamento pelo plenário.

Outro paradigma aludido concerne no julgamento da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que um dos ministros veio a produzir a partir de seu voto, discricionariamente, 19 condicionantes, tal como uma autêntica legislação sobre demarcação. Destaca-se, nesse caso, a insegurança jurídica e os precedentes que abrem caminhos para a excepcionalidade.

O segundo eixo é o do ativismo judicial contraposto com o ativismo constitucional: a dogmática do ativismo judicial com enfoque em decisões que versem sobre matéria constitucional.

Desse modo, a Corte adota pautas em que, aparentemente, há a intenção de melhorar o futuro e proteger a democracia, cujas quais se consubstanciam em institutos constitucionais e, eventualmente, são qualificadas como verdades absolutas inerentes ao exercício da justiça constitucional, ultrapassando os limites impostos pelo ordenamento jurídico à condução da função jurisdicional.

Relativamente ao assunto, reportou-se à emblemática prisão do Deputado Federal, Daniel Silveira, após a divulgação de vídeos de cunho opinativo nas redes sociais, divulgando suas concepções políticas que envolviam magistrados do Supremo Tribunal Federal. À vista disso, a temática foi desenvolvida com base em potenciais excessos, mormente inconstitucionalidades, cometidos a partir das decisões do Tribunal Constitucional.

O último eixo é trabalhado o constitucionalismo abusivo em face da democracia constitucional. Nesta etapa, os conceitos de democracia e constitucionalismo são reconhecidos como complementares e sinérgicos e devem ser vistos com equilíbrio, haja vista que o constitucionalismo traz limitações ao poder das majorias, protegendo assim, os direitos e garantias individuais.

Ainda, é estabelecido um núcleo mínimo da democracia constitucional, cujo qual implica em eleições regulares, livres e justas, com um conjunto de diretrizes que incluam o respeito pelos direitos e liberdades políticas necessárias aos processos democráticos. Nesse sentido, enfatiza-se o compromisso com o Estado de Direito, de modo que a aplicação da lei seja estável e previsível e não seja aplicada de maneira discriminatória entre oponentes políticos.

Para tanto, foi feita uma análise minuciosa sobre eventos ocorridos nas eleições presidenciais do ano de 2022, em que o Tribunal Superior Eleitoral participou ativamente do pleito. Realizou-se a pesquisa com o intuito de identificar a ocorrência, ou não, do cerceamento da democracia e se os candidatos à época concorreram em iguais condições.

Ao final, as deliberações realizadas ao longo da pesquisa serão reunidas em um diagnóstico constante na conclusão. Em suma, se pretende traçar observações acerca da ocorrência, ou não, do constitucionalismo abusivo na conduta do STF, e como isso afeta a democracia constitucional brasileira.

## **2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE CONSTITUCIONALISMO**

Ao longo do tempo, a palavra “constitucionalismo” adquiriu diversas facetas na ciência jurídica. Para tanto, o jurista André Ramos Tavares identificou pelo menos quatro sentidos para o termo constitucionalismo: limitação ao poder arbitrário, imposição de que haja cartas constitucionais escritas, função e posição das constituições perante as diferentes sociedades e, por último, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado (TAVARES, 2020).

Para Nicola Matteucci, o constitucionalismo é uma “técnica da liberdade”, a qual garante aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais, ao passo que coloca o Estado em uma posição que o impede de violá-los. Embora estas técnicas variem de acordo com o período e os costumes de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último (MATTEUCCI, 1998).

Outrossim, Gomes Canotilho (2003) define constitucionalismo como a teoria que outorga o princípio de limitação do poder, imprescindível para a garantia dos direitos pertencentes à organização político-social de uma comunidade. À vista disto, o constitucionalismo moderno traduz-se em uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos (CANOTILHO, 2003).

Alguns autores defendem que não há um constitucionalismo apenas, mas vários, uma vez que o movimento constitucional possui diversas raízes estabelecidas em diferentes espaços históricos, geográficos e culturais.

Para Lucas Soares de Oliveira (2023), o constitucionalismo é um fenômeno multifocal, podendo se mencionar o constitucionalismo liberal, social, internacional e o abusivo.

Sob tal perspectiva, Gomes Canotilho (2003) se refere a “movimentos constitucionais”, cujo os quais são movimentos fundamentalmente nacionais, mas que possuem alguns momentos de aproximação entre si, de maneira que compõem uma complexa organização histórico-cultural.

Cabe ressaltar que o constitucionalismo não é um evento recente, todavia, os seus primeiros indícios surgiram ainda na antiguidade. André Ramos Tavares menciona a gênese

do movimento sendo identificada entre os hebreus, considerando que aquela sociedade, em seu Estado teocrático, impôs limites ao poder político por meio da chamada “Lei do Senhor” (TAVARES, 2020).

A seguir, o movimento do constitucionalismo veio a ser refletido nas Cidades-Estado gregas, no século V a.C, através de seu “regime constitucional de identidade plena entre governantes e governados, uma vez que se tratava de uma democracia direta” (TAVARES, 2020).

Mais tarde, o movimento constitucional grego foi interrompido por um extenso período de concentração e abuso de poder disseminado ao redor do mundo, consolidando-se a tutela de regimes absolutistas no decorrer de vários séculos da Idade Média (TAVARES, 2020).

Não obstante, ainda na Idade Média, o constitucionalismo ressurgiu conquistando determinadas liberdades individuais. A exemplo disso tem-se a Magna Carta, de 1215, a qual retratava um pacto estamental firmado pelo Rei João Sem Terra, que concerne ao comprometimento do rei em respeitar determinados direitos dos nobres ingleses, dentre os quais não criar tributos sem prévia autorização da nobreza e de julgar as pessoas de acordo com a lei do país (OLIVEIRA, 2023).

Já na modernidade, o movimento constitucional é associado às revoluções liberais que ocorreram entre o final do século XVIII e a segunda metade do século XX, após a promulgação das constituições “pós-bélicas” (OLIVEIRA, 2023).

Nesse caso, o constitucionalismo foi corporificado em normas constitucionais escritas caracterizadas pela publicidade, pela clareza e pela segurança, de maneira que a estrutura do poder e a garantia de direitos fosse amplamente conhecidas, bem como fossem positivadas em um documento unificado que proporcionasse a clareza necessária para a compreensão do poder (TAVARES, 2020).

No entendimento de André Ramos Tavares, “o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo” (TAVARES, 2020). Pode-se assim dizer que as constituições norte-americana e francesa atuaram como um divisor de águas entre as ordens constitucionais pretéritas e influenciaram diretamente o constitucionalismo moderno e contemporâneo.

Nos Estados Unidos iniciou-se um sistema de constituições escritas, doravante a Independência das Treze Colônias, o Congresso da Filadélfia, em 15 de maio de 1776, propôs aos Estados federados a formação de suas próprias constituições (TAVARES, 2020). Posteriormente, em 1777, foi ratificado o *Articles of Confederation and Perpetual Union*,

dispositivo que dispunha sobre a aliança formada entre os treze Estados independentes, intitulados de Estados Unidos da América.

Ocorre que o período confederativo norte-americano permaneceu até setembro de 1887, quando a Constituição estadunidense foi aprovada na Convenção de Filadélfia, estabelecendo-se o modelo federativo de estado e presidencialista de governo (OLIVEIRA, 2023).

O constitucionalismo norte-americano propagou o ideal democrático, associado ao sentido de autogoverno do povo, bem como o ideal liberal, relacionado com a proteção das minorias contra o poder abusivo exercido pelas majorias (OLIVEIRA, 2023).

Além disso, a Constituição dos Estados Unidos angariou a concepção da supremacia constitucional e sua garantia jurisdicional, conferindo ao Poder Judiciário, “enquanto *player* imparcial”, o encargo de proteger a Constituição (OLIVEIRA, 2023).

Por outro lado, o constitucionalismo francês foi alicerçado através da Revolução Francesa, ocorrida em 1789. O cenário da França que antecedeu a revolução era de uma sociedade fortemente estratificada, em um contexto em que havia apenas três classes sociais distintas: a nobreza, o clero e o povo.

Em 1791, na França, é editada a primeira Constituição formal da Europa, sendo colocado em seu preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Inspirada pelos ideais iluministas, a constituição francesa buscava “promover uma transformação política e social” (OLIVEIRA, 2023).

Ao contrário do constitucionalismo norte-americano, o constitucionalismo francês atribui maior protagonismo ao Poder Legislativo, haja vista que o Parlamento conferia maior segurança em garantir direitos do que o próprio Poder Judiciário, porquanto os membros do judiciário ainda eram associados ao antigo regime.

As edições de tais diplomas ainda hoje são tendências amplamente difundidas, considerando que as cartas constitucionais contemporâneas são positivadas em um documento escrito, bem como são garantidos direitos individuais dos cidadãos através da limitação do poder soberano.

Em que pese o constitucionalismo moderno seja amparado em constituições que deveriam ser escritas em um documento, tal como deveriam assegurar a garantia dos direitos e a limitação do poder estatal, o constitucionalismo contemporâneo traduz-se na proteção da pessoa humana.

O período após a Segunda Grande Guerra influenciou diretamente as ordens jurídico-constitucionais, de maneira que as atrocidades cometidas pelos nazistas despertaram

a necessidade de tutelar a dignidade da pessoa humana. Esse movimento também é conhecido como neoconstitucionalismo (MARTINS, 2024).

Diante desse cenário, o constitucionalismo contemporâneo contemplou não apenas os direitos de liberdade e igualdade, como também os direitos à fraternidade, à democracia, à informação e ao pluralismo (OLIVEIRA, 2023).

É importante destacar que o constitucionalismo contemporâneo não tem como propósito contrapor os avanços do constitucionalismo moderno, mas sim aprimorar e estabelecer novos paradigmas (MARTINS, 2024).

O autor Luís Roberto Barroso apontou três marcos fundamentais que caracterizam o neoconstitucionalismo: o histórico, o filosófico e o teórico. O primeiro deles, o marco histórico, denota o processo de reconstitucionalização após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo na Europa. No Brasil, esse fenômeno é identificado com a promulgação da Constituição de 1988 (BARROSO, 2020).

Em segundo lugar, o marco filosófico sinaliza a ascendência do pós-positivismo, o qual sinaliza uma terceira via entre o positivismo e o jusnaturalismo, superando a legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto, empreendendo, ainda, uma leitura moral da constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2020).

Por último, o marco teórico trazido por Barroso identifica três grandes transformações provenientes do direito constitucional contemporâneo: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2020).

Assim, o constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, denota uma preponderância da aplicação direta da constituição e reconhece a força normativa dos princípios constitucionais. O constitucionalismo contemporâneo contribuiu, também, para a expansão da jurisdição constitucional e para o surgimento da hermenêutica constitucional.

Por último, mas não menos importante, o neoconstitucionalismo auferiu maior protagonismo ao Poder Judiciário, sendo ele o guardião da Constituição e o responsável por exigir o cumprimento das normas constitucionais e a implantação de políticas públicas a serem prestadas pelo Estado (MARTINS, 2024).

## **2.1. Constituição, Controle de Constitucionalidade e Jurisdição Constitucional**

Na lição de André Ramos Tavares, a partir da concepção do Estado constitucional, passou-se a ser reconhecida a necessidade de defesa da Constituição, e não mais do Estado,

porquanto é na Constituição que o Estado obtém a sua garantia de existência como tal (TAVARES, 2020).

Assim, o próprio Estado encontra-se sob a dependência da tutela da Constituição, haja vista que “a preservação do Estado Constitucional, pois, manifesta-se, primariamente, na preservação da própria Constituição em sua supremacia, e, nesse sentido, promove a preservação do Estado” (TAVARES, 2020).

O conceito jurídico de Constituição corresponde, em princípio, a um conjunto de normas as quais servem como alicerce de todo o direito da sociedade e são revestidas de superioridade (SIMÕES, 2022). Definição corroborada por Giuseppe de Vergottini, o qual delinea a concepção de Constituição como um “conjunto de princípios que se situam no vértice de qualquer sistema normativo, relativos a um número variado de entes, tais como Estados, as organizações internacionais, a comunidade internacional” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998).

Consequentemente, é possível afirmar que a Constituição determina o ponto de referência de todo o ordenamento jurídico, de modo que as leis e todos os demais mecanismos de atuação estatal devem circunscrever-se em atenção ao texto constitucional (SIMÕES, 2022).

Ainda, não há Estado sem Constituição, tampouco Estado que não seja constitucional, uma vez que toda a sociedade politicamente organizada possui uma estrutura mínima, mesmo que pouco desenvolvida (BONAVIDES, 2011).

Além disso, as constituições, de maneira geral, desempenham determinadas funções no âmbito de cada organização estatal, bem como desempenham papéis nas relações dos Estados constitucionais entre si (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2017). À vista disso, Sarlet (2017, p. 88-89) identifica algumas funções das constituições:

(a) limitação jurídica e controle de poder; (b) ordem e ordenação; (c) organização e estruturação do poder; (d) legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional; (e) estabilidade; (f) garantia e afirmação da identidade política; (g) reconhecimento e garantia (proteção) da liberdade e dos direitos fundamentais; (h) imposição de programas, fins e tarefas estatais (função “impositiva” ou “dirigente”). (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2017)

Com efeito, será conferida ênfase na função constitucional de limitação jurídica e controle de poder, porquanto o Estado Constitucional moderno surgiu graças à resistência ao

absolutismo, de maneira que as constituições estabeleceram fundamentos jurídicos e mecanismos capazes de limitar o poder político.

Assim, pressupondo-se a legitimidade democrática da constituição, são consolidados em um documento (ou um conjunto de documentos) os princípios e regras referentes à estrutura, organização e exercício do poder, sendo assegurado o cumprimento da função de limitação do poder em razão da supremacia hierárquica constitucional (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2017).

Para o jurista Ingo Wolfgang Sarlet (2017), a limitação jurídica do poder ocorre por meio da separação de poderes e através da garantia de direitos fundamentais. A separação de poderes caracteriza-se como componente essencial à noção de constituição, preconizado desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo preceituado em seu artigo 16 que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Por outro lado, o poder estatal é limitado através do reconhecimento e da garantia dos direitos fundamentais que atuam de maneira independente (ou parcialmente) de intervenção estatal ou de terceiros, bem como asseguram a exigência de ações e prestações perante o Estado. Neste caso, também adequa-se a premissa do artigo 16 da Declaração francesa supramencionada, considerando que um Estado que não tutela nem garante os direitos individuais sequer possui constituição (SARLET, 2017).

A partir do entendimento do que é a Constituição e da percepção de que a constituição consiste como lei fundamental, automaticamente a noção de controle de constitucionalidade é associada, levando em conta que tal controle está conectado à supremacia constitucional perante o ordenamento jurídico, à rigidez constitucional, além da proteção dos direitos fundamentais.

Cumprido salientar que a convergência entre o controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tão importante que o Estado que não possua tal controle, a constituição será flexível, visto que o poder constituinte estará a encargo do legislador ordinário (MORAES, 2012).

Controlar a constitucionalidade denota a função de verificar a compatibilidade de uma norma ou ato normativo com a constituição, analisando seus requisitos formais e materiais, de maneira que somente as normas constitucionais positivadas podem servir como parâmetro para a análise da constitucionalidade das leis ou dos atos normativos estatais.

Tal análise de constitucionalidade das espécies normativas consiste em fazer uma comparação com determinados requisitos formais e materiais, com o fim de certificar a sua conformidade com as normas constitucionais.

Em suma, o controle de constitucionalidade é responsável pela defesa da supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição, cujo os quais estabelecem limites ao poder do Estado, além de que, conforme afirmado por Alexandre de Moraes “são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito” (MORAES, 2012).

No Brasil, via de regra, o controle de constitucionalidade é exercido majoritariamente pelo Poder Judiciário, que pode atuar pela via incidental (difuso), quando qualquer juiz ou Tribunal declarar a inconstitucionalidade da norma perante o caso concreto, ou, pela via abstrata, hipótese em que apenas os legitimados pela Constituição Federal poderão, ante o órgão de cúpula do Poder Judiciário, contestar a constitucionalidade de uma lei (PAULO; ALEXANDRINO; 2013).

Em específico, o controle abstrato da adequação de uma lei com a Constituição poderá ser instaurado exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal através das seguintes possibilidades: ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO); ação declaratória de constitucionalidade (ADO), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva).

Nesta senda, o controle de constitucionalidade não se confunde com a jurisdição constitucional, todavia, trata-se de uma relação de gênero e espécie. A jurisdição constitucional atribui a aplicação das normas constitucionais por juízes e tribunais enquanto que o controle de constitucionalidade é, em sua essência, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional (BARROSO, 2019).

O conceito do vocábulo “jurisdição” está ligado ao axioma “dizer o Direito” e aplicá-lo ao caso concreto. Logo, o exercício da jurisdição permite aos Tribunais invalidar os atos contrários àqueles positivados na Constituição Federal (OLIVEIRA, 2023).

Assim, na perspectiva de Lucas Soares de Oliveira, a jurisdição constitucional “se relaciona ao estudo de questões ligadas à defesa e ao cumprimento último da Constituição mediante um processo de decisão de caráter jurisdicional” (OLIVEIRA, 2023).

A jurisdição constitucional está subordinada, por óbvio, a certos limites positivados nos textos constitucionais e legais, os quais se justificam para conter a atuação dos agentes estatais, alcançando, também, o Poder Judiciário (GROSTEIN, 2021).

O autor Julio Grostein assinala que nem sempre as Constituições definem com clareza os limites da atividade estatal, sobretudo da função jurisdicional, porém, ainda que abrangentes, o ordenamento jurídico estipula limites expressos aos órgãos judiciais, institucionalizando o modo de agir e o alcance da jurisdição constitucional, estabelecendo, portanto, limites exógenos de contenção do Poder Judiciário (GROSTEIN, 2021).

Nesse viés, o artigo 102 da Constituição de 1988 dispõe sobre as competências do Supremo Tribunal Federal e o intitula como o guardião da Carta Magna. De tal forma, a Constituição demarca as fronteiras de atuação da Suprema Corte, atribuindo como função principal o exercício da jurisdição constitucional, conforme as balizas constitucionais.

## **2.2. A tripartição de poderes**

Em princípio, Aristóteles foi quem estabeleceu as primeiras bases teóricas para a tripartição de poderes, em sua obra “Política”, onde o autor esboçou a existência de três funções distintas a serem exercidas pelo poder soberano. Tais funções desempenhadas levavam em conta a de editar normas a serem seguidas por todos, a de aplicar essas normas ao caso concreto, bem como a função de julgamento, responsável por resolver os litígios provenientes da execução das referidas normas (LENZA, 2024).

Já no século XVIII, sob a expansão do movimento Iluminista, a ideia de contenção do exercício do poder tomou força, sistematizada principalmente pelo francês Charles de Montesquieu, o qual defendia que os três poderes - legislativo, executivo e judiciário - não poderiam ser exercidos pela mesma pessoa (ou órgão), pois o poder que não encontra limites estará propenso a tirania. Além disso, Montesquieu defende que não haveria liberdade se tais poderes estivessem concentrados em um único órgão:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1748)

Assim, o poder só pode ser efetivamente contido se exercido por agentes independentes entre si, de maneira que haja a contenção do poder pelo poder, isto é, conforme esta teoria, cada Poder deveria exercer uma função típica, intrínseca à sua natureza, atuando de forma independente e autônoma (LENZA, 2024).

Segundo a visão de Pedro Lenza (2024):

A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita, ou pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexos causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. (LENZA, 2024).

Em que pese a teoria da separação dos poderes defendida por Montesquieu, Gomes Canotilho (2003) reconhece a interferência de um poder no outro, porquanto há a possibilidade do poder executivo intervir no legislativo através do poder de veto do governante ou do legislativo exercer vigilância sobre o executivo, podendo exigir contas de sua administração, bem como a intervenção do poder legislativo sobre o poder judiciário.

Em consonância, Pedro Lenza salienta a imprecisão do uso da expressão “tripartição de Poderes”, porquanto são funções do poder divididas entre os diferentes órgãos de Estado, “isso porque o poder é uno, indivisível e indelegável. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se por meio de órgãos que exercem funções” (LENZA, 2024).

A Constituição Federal Brasileira estabeleceu a tripartição dos poderes, independentes e harmônicos entre si, como forma de evitar o arbítrio e o descumprimento dos direitos fundamentais. As funções estatais são repartidas entre eles, tal qual são estabelecidas prerrogativas e imunidades para exercê-las, além disso, foram criados mecanismos de controle recíprocos com garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito (MORAES, 2012).

Os mecanismos de controle recíprocos correspondem ao desenho institucional de freios e contrapesos, cujo objetivo é o de evitar abusos de poder. Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal institui:

EMENTA: (...). A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º. da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

(...)

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. (...) (MS 23452, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16-09-1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)

Tal preceito está positivado não só no artigo 2º da Constituição: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, mas também está previsto como cláusula pétrea no artigo 60, §4º, da Carta Magna de 1988.

O Poder Legislativo, em específico, divide-se em duas Casas, sendo elas a Câmara dos Deputados e o Senado Federal e, unidas, são intituladas como Congresso Nacional. A Câmara dos Deputados representa diretamente o povo, destarte são eleitos, proporcionalmente, em cada Estado, Território e Distrito Federal. Já o Senado Federal representa os Estados-Membros e o Distrito Federal (NUCCI, 2019).

Cabe mencionar que os parlamentares gozam de imunidades absolutas, conforme artigo 53 da Carta Magna de 1988, os quais são invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões, palavras e votos. Além disso, as imunidades parlamentares se estendem às relativas e processuais, uma vez que o parlamentar, desde a expedição do diploma, não poderá ser preso, exceto em flagrante delito de crime inafiançável e, uma vez que haja denúncia contra um parlamentar, cabe ao Supremo Tribunal Federal receber a peça acusatória, devendo, posteriormente, comunicar a respectiva Casa Legislativa do denunciado (NUCCI, 2019).

O Poder Executivo, por sua vez, é incumbido ao Presidente da República juntamente com seus Ministros de Estado para administrar o país. Ao chefe do executivo é facultada a edição de medidas provisórias, há a possibilidade de participar do processo legislativo através da sanção ou veto de uma lei constituída pelo Congresso, ou mesmo conceder indulto a condenados.

Por fim, ao Poder Judiciário é incumbida a função jurisdicional, a fim de resolver os litígios sociais ou individuais, impondo, de forma coativa, a validade do ordenamento jurídico. Além do exercício jurisdicional, o Poder Judiciário também exerce funções atípicas de natureza administrativa e legislativa, como, por exemplo, elaboração de seu regimento interno.

De modo geral, o princípio contemporâneo da separação dos poderes, especialmente no âmbito brasileiro, demonstra um entrosamento entre os poderes conforme identificado por Lucas Soares de Oliveira , colaborando entre si e exercendo funções atípicas que, em tese, não pertencem às suas atribuições originais (OLIVEIRA, 2023).

Dentro desta perspectiva, pode-se afirmar que o Poder Judiciário tem adquirido maior espaço de atuação funcional ocasionando, sobremaneira, riscos decorrentes do hiperativismo judicial provocado pela expansão do Poder Judiciário sobre as esferas da política legislativa e da governabilidade resultantes do voto popular (OLIVEIRA, 2023).

Tal protagonismo desencadeia certos riscos, dentre eles, o perigo de pressões por determinados grupos, de modo a influenciar sobre o recrutamento e as orientações políticas dos juízes, bem como o risco dos impactos gerados pelos anseios sociais influenciarem sobre as decisões dos tribunais, especialmente com a expansão dos meios de comunicação e do debate público, podendo ocasionar uma espécie de “populismo judicial” (OLIVEIRA, 2023).

Ainda, a normatização da Constituição e das políticas públicas abrem espaço para decisões judiciais sobre questões antes entregues à política ordinária, podendo, em situações extremas, juízes substituir legisladores, tanto no controle de constitucionalidade das leis, quanto em julgamentos mais ordinários, refletindo na escolha governamental subjacente à política pública afetada (OLIVEIRA, 2023).

Apesar da análise feita anteriormente sobre a atuação vultosa do Poder Judiciário, é indiscutível a estrutura da separação entre poderes atualmente adotada, cujos arranjos são fluidos e condescendentes, não sendo tão rígidos como em seu ideal originário. O que se discute, no entanto, é no que diz respeito à ponderação e à solidariedade mútua no exercício harmônico de suas respectivas funções.

### **2.3. Revisões Judiciais Abusivas: um reflexo do constitucionalismo abusivo**

A priori, é importante delimitar o que é e no que consiste o chamado constitucionalismo abusivo, fenômeno tão atual quanto ignorado, talvez por sua sutileza, talvez por seu desconhecimento.

Sobre o assunto, o renomado jurista americano David Landau define o constitucionalismo abusivo como “o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes” (LANDAU, 2013).

Diferentemente dos regimes autoritários do passado que eram formados por meio de golpes militares ou por meio de práticas manifestamente inconstitucionais, os déspotas contemporâneos refazem a ordem constitucional através de alterações sutis com o fim de dificultar a sua substituição, além de neutralizar os Tribunais, fazendo com que estes percam a capacidade de fiscalização de seus atos (LANDAU, 2013).

Apesar da queda do regime nazista na Alemanha ter ocasionado a diminuição de regimes autoritários no cenário internacional, nem todos os regimes se tornaram completamente democráticos, ao contrário, os autocratas adaptaram-se para promover os seus próprios interesses.

O autor David Landau identificou esses regimes como “autoritarismo competitivo”, “autocracias eleitorais” ou simplesmente regimes “híbridos”, de modo que tais regimes satisfazem os atores internacionais com sua roupagem suficientemente democrática para evitar eventuais sanções, mas ainda com alguns aspectos do autoritarismo (LANDAU, 2013).

Em tal modelo de constitucionalismo, os líderes populares conquistam seus mandatos mediante eleições, entretanto, utilizam do poder, das competências e dos institutos constitucionais para minar a separação dos poderes, restringir a transparência no trato com a coisa pública e as liberdades constitucionais, sobretudo de grupos de oposição e da sociedade civil, além de intervir nos mecanismos de comunicação social (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018).

É possível perceber que as “democraturas” são pautadas no modelo de Estado Democrático de Direito. É revelada a existência de um “golpe mais amável e mais gentil” de Estado, uma vez que não há uma ruptura drástica com o regime anterior. Logo, o golpe constitucional é o método mais eficaz para consolidar e exercer o poder (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018).

Outrossim, os atores e as forças políticas dominantes são propensos a controlar não só os ramos do governo, como também, os instrumentos de fiscalização horizontal responsáveis por regular os agentes políticos, tais como Cortes, Ministério Público, procuradorias e comissões eleitorais. Para tanto, instituições que, em tese, teriam o condão de verificar de maneira independente os atos do governo, na verdade são utilizadas como meio para alcançar seus projetos políticos (LANDAU, 2013).

Para David Landau, outro problema relacionado ao constitucionalismo abusivo seria a limitação em relação à proteção dos direitos dos grupos minoritários dentro desses sistemas:

O principal problema, então, consiste na razoável facilidade de se construir um regime aparentemente democrático, mas que, na realidade, não o é totalmente, pelo menos em duas dimensões importantes: fiscalizações verticais e horizontais dos líderes eleitos e proteção de direitos para grupos fora do poder. (LANDAU, 2013).

Na mesma linha, Rosalind Dixon identificou duas ferramentas utilizadas pelos agentes autoritários para atacar a ordem democrática: emendas e substituições constitucionais. Por um lado, as emendas constitucionais são comumente utilizadas para fortalecer o poder executivo, enfraquecer os direitos eleitorais da oposição ou investir contra a independência judicial e, por outro, a substituição constitucional em grandes proporções ou mesmo a elaboração de uma nova constituição favorece a alteração de grande número de normas formais de uma só vez,

servindo como uma ferramenta eficiente para os aspirantes a autoritários influenciarem no jogo eleitoral, além de permitir fechar ou reconstituir rapidamente instituições controladas pela oposição, como legislaturas e tribunais, criando um ambiente político no qual seja assegurada a consolidação do poder (DIXON; LANDAU, 2021).

À vista disto, as constituições resultantes desses processos ainda aparentam serem democráticas à distância, pois em seu conteúdo contém elementos que não são diferentes daqueles pertencentes a constituições democráticas liberais, contudo, em seu cerne, foram substancialmente reformuladas para minar a própria ordem democrática (LANDAU, 2013).

Por consequência, mudanças constitucionais permitem que os autocratas removam membros da oposição política para inserir pessoas leais ao governo no campo político, enfraquecendo órgãos de fiscalização e inserindo nos tribunais agentes leais aos titulares do poder, além de exercerem controle governamental sobre as mídias sociais e outras instituições importantes (LANDAU, 2013).

A título de exemplo, a Venezuela de Hugo Chávez substituiu a Constituição em vigor por uma nova ordem constitucional através de uma nova Assembléia Constituinte, cujas regras eleitorais escritas por Chávez eram imensamente favoráveis a ele. Uma vez convocada, a Assembleia empenhou-se em fechar as instituições que ainda estavam sujeitas ao antigo sistema bipartidário, suspendendo o Congresso e fechando, inclusive, a Suprema Corte.

Em síntese, mudanças constitucionais fazem parte dos projetos autoritários modernos. Agentes ou grupos detentores de poder podem abusar da constituição para elaborar ordens constitucionais nas quais enfrentam poucas restrições em seu poder, dificultando, ainda, sua substituição. Tais mudanças formais operam em conjunto com normas informais, como suborno e assédio, dentro de regimes autoritários competitivos (LANDAU, 2013).

Feitas as considerações sobre constitucionalismo abusivo, será feita uma análise abrangente sobre o papel dos tribunais como instrumento utilizado por agentes autoritários em favor de mudanças constitucionais abusivas.

Vale ressaltar que não se questiona a legitimidade democrática ou a representatividade das Cortes Constitucionais. De fato, os países que adotaram o controle judicial de constitucionalidade das leis, como é o caso do Brasil, os eventuais conflitos de caráter constitucional são resolvidos através de decisões do Tribunal Constitucional.

É indubitável o papel de intérprete último da Constituição pelo Tribunal Constitucional, pois lhe é incumbida a obrigação de ditar aos outros poderes os limites de sua autoridade e zelar para que atuem dentro dos limites substanciais constitucionalmente previstos (BINENBOJM, 2014).

Assim, cabe à Corte Constitucional pronunciar a “última palavra” em um contexto de Estado Democrático de Direito, uma vez que suas decisões jurídicas não estão sujeitas a qualquer controle democrático posterior. Logo, o Tribunal Constitucional é “o único juiz da sua própria autoridade” (BINENBOJM, 2014)

Na visão de Rosalind Dixon, os tribunais e a revisão judicial são pedras angulares do constitucionalismo democrático liberal moderno, considerando que os tribunais superiores nacionais são normalmente conceituados como uma das principais defesas contra alterações constitucionais abusivas. Nesta lógica, os tribunais constitucionais podem conduzir exercícios de revisão judicial de maneira que os direitos constitucionais de grupos minoritários sejam defendidos, além de garantir que as instituições políticas não ultrapassem os limites do seu poder (DIXON; LANDAU, 2021).

Não obstante, em alguns países, os autocratas transformaram os tribunais em armas a favor de mudanças constitucionais abusivas, e não contra. Nesses casos, os tribunais confirmam e legitimam os atores a consolidar o poder, inclusive reprimindo a oposição e favorecendo potencialmente o jogo eleitoral em seu próprio benefício (DIXON; LANDAU, 2021).

A revisão judicial abusiva tem relação a tribunais envolvidos em revisões que prejudicam em vez de proteger ou promover a democracia. Além disso, a revisão judicial abusiva dispõe de alguns requisitos, dentre eles o requisito da intenção e o requisito de que os juízes emitam decisões contrárias a uma definição minimalista de democracia (DIXON; LANDAU, 2021).

De todo modo, os tribunais envolvidos em formas de revisão antidemocráticas são induzidos a encobrir os seus motivos, porquanto as formas abusivas de revisão judicial têm maiores chances de serem bem sucedidas se forem vistas pela população em geral como independentes dos ramos políticos.

As formas mais cristalinas de revisão judicial abusiva serão as que envolverem pouca ou nenhuma tentativa da parte dos juízes de justificarem se as suas decisões foram fundamentadas em processos jurídicos ortodoxos de raciocínio ou mesmo respaldadas nos mecanismos constitucionais previamente estabelecidos e reconhecidos (DIXON; LANDAU, 2021).

Na maioria dos casos em que ocorre a revisão judicial abusiva, os tribunais estão envolvidos como parte de uma estratégia dos regimes autoritários, a qual é utilizada para debilitar a ordem democrática liberal de um país. Por conseguinte, de maneira informal, esses regimes recorrem a formas sutis de pressão, valendo-se de subornos ou de outros incentivos

para obterem decisões favoráveis ou mesmo reformas oportunas dos tribunais (DIXON; LANDAU, 2021).

Nos governos em que a ordem democrática esteja corrompida, existe uma série de instrumentos jurídicos formais e informais para influenciar a composição e os poderes do âmbito judiciário.

Ainda reportando ao exemplo venezuelano, no ano de 2004 o Congresso aprovou uma nova Lei Orgânica do Supremo Tribunal de Justiça, ampliando o número de magistrados e admitindo a nomeação de novos integrantes favoráveis ao governo. Nas eleições 2015, a oposição conquistou ampla vitória e obteve a maioria das cadeiras do Poder Legislativo da Venezuela, todavia, a Assembleia Nacional sofreu diversos vetos do Supremo e teve diversas de suas leis impedidas de entrar em vigor.

Na Bolívia, por outro lado, foi instaurado processo de impeachment contra três magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional depois de terem emitido uma decisão contrária ao governo boliviano. À época foi aceito pelos juízes uma reclamação de constitucionalidade contra a Lei dos Notários, contrariando a possibilidade de reeleição do então presidente Evo Morales. Consequentemente, o Tribunal de Sentença responsável instalou o julgamento por resoluções contrárias à Constituição e às leis, prevaricação e violação de deveres, contra os três magistrados, os quais, posteriormente, foram afastados de seus respectivos cargos.

Destarte, o constitucionalismo abusivo não está restrito a ocorrer apenas no âmbito do Poder Executivo, podendo se manifestar também nos demais poderes constituídos. Assim, a Corte Constitucional brasileira também pode ser protagonista de tal fenômeno, haja vista que é a guardiã incumbida da proteção da Constituição, além do encargo de sua interpretação.

Nesta toada, é possível verificar uma grande expansão do Poder Judiciário, o qual vem tomando a frente de questões políticas e decidindo assuntos que teriam de ser debatidos e resolvidos pelos outros Poderes. Em alguns casos, juízes têm se tornado mais representativos dos anseios e das demandas sociais do que as próprias esferas políticas convencionais (MONT'ALVERNE; LEITÃO; SOUSA, 2023).

No cenário brasileiro, é possível apontar a insegurança jurídica gerada pela inobservância dos precedentes judiciais, pela banalização dos princípios constitucionais e pelo desrespeito à separação de poderes como forma de revisão judicial abusiva perpetrada pela Suprema Corte, conforme será melhor elucidado nos tópicos subsequentes.

### **3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABUSIVA E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CONFORME A POSTURA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Conforme abordado anteriormente, em que pese os Tribunais Constitucionais quase sempre desempenharem um papel garantidor da democracia, em certas ocasiões podem agir utilizando-se de mecanismos constitucionais para enfraquecer a ordem democrática. Nessa conjuntura, será discorrido sobre a atuação do STF enquanto Tribunal Constitucional e a sua crescente representatividade no cenário político brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, juntamente com seus ministros, são munidos de poder na definição de constitucionalismo democrático no Estado brasileiro. Para mais, a Suprema Corte possui não apenas a função típica de um tribunal de última instância, mas também o encargo como guardião da Constituição, exercendo controle de constitucionalidade sobre os atos do poder público.

Não obstante, em alguns casos o STF faz uso descomedido de suas prerrogativas constitucionais o que acaba resultando no cometimento do constitucionalismo abusivo, de maneira que a Constituição pode ser estrategicamente empregada para benefício de agentes de interesse em tempos de crises político-institucionais.

Em paralelo, cada ministro dispõe de poder individual, cujo qual poderá ser empregado sem a participação do plenário e, inclusive, utilizado a dispêndio dele. Deste modo, o Tribunal acaba adotando um protagonismo individual, de maneira que cada ministro detém o condão de priorizar ou postergar determinadas ações recebidas (MEDEIROS, 2022).

Aliás, as decisões monocráticas proferidas pelos membros da Corte têm impactado sobremaneira a política, ao suspender leis, atos normativos e emendas constitucionais através de medidas liminares que pouco provavelmente serão analisadas pelo Plenário (MEDEIROS, 2022).

Assim, por efeito das decisões monocráticas, o entendimento individual de cada ministro tem potencial de ser visto como posicionamento da própria Corte, facultando aos magistrados criarem uma “jurisprudência pessoal” que, por vezes, sequer reflete o real entendimento do Tribunal (MEDEIROS, 2022).

Vale apontar que, em alguns momentos, o Tribunal Constitucional acaba sendo provocado por representantes dos demais poderes, com o propósito de dar um veredito em questões que venham beneficiar ou mesmo impulsionar a agenda política de tais agentes. Desta forma, as questões políticas acabam por serem judicializadas e, por consequência, abre

caminhos para uma ampla revisão judicial, tal qual o acesso dos ministros na arena política (MEDEIROS, 2022).

A propósito, a judicialização excessiva traz consigo o risco da politização da justiça constitucional, pois, uma vez se tornado habitual as decisões sobre questões políticas, os magistrados dispõem de seu próprio julgamento como forma de suprir a atuação deficiente dos demais Poderes.

Portanto, a partir do momento em que um ministro passa a deliberar a partir de preceitos ideológicos e pessoais ao invés de estar estribado em parâmetros legais, o exercício da jurisdição se torna arbitrário.

Com efeito, ao avocar para si um viés ideológico e político, o Tribunal Constitucional estaria contrapondo o princípio da imparcialidade, o que resultaria na perda de sua independência e conseqüentemente ao avanço do abuso de poder na seara jurisdicional. Um padrão político na jurisdição constitucional estaria, deste modo, significativamente relacionado à discricionariedade da interpretação constitucional.

Sobre o assunto, Patrícia Cardoso Cardim (2010) assevera:

Neste contexto, há o receio de que existam abusos cometidos pela jurisdição constitucional, configurando um verdadeiro “governo de juizes”, na medida em que esta passaria a reescrever em seus julgamentos o teor da constituição e ditar os rumos políticos do Estado. (CARDIM, 2010)

O conceito de judicialização da política na visão de Luís Roberto Barroso (2020) diz respeito às questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral que são decididas em caráter definitivo pelo Poder Judiciário. Deste modo “trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (BARROSO, 2020).

A despeito disso, Barroso (2020) declara que a judicialização aclara uma linha tênue entre política e justiça no mundo contemporâneo, de maneira que nem sempre é evidente a divisão entre a criação e a interpretação do Direito.

O fenômeno da judicialização, conforme leciona o autor Luís Roberto Barroso, assumiu maiores proporções em razão da constitucionalização abrangente e analítica e do modelo de controle de constitucionalidade vigente, o qual confere amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas (BARROSO, 2020).

Por consequência, a maioria das questões de relevância política, moral ou social já foram deliberadas ou estão sendo dispostas em sede judicial, principalmente perante o Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2020).

A judicialização, segundo Barroso (2020), decorre, sobretudo, de dois fatores:

o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. (BARROSO, 2020).

Assim, o amplo rol de direitos fundamentais consolidados na Constituição, tal qual a consolidação do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário propiciou a judicialização da política no Estado brasileiro.

Em contrapartida, a ascensão do fenômeno judicialização da política e o crescimento do poder de revisão judicial pelo Tribunal Constitucional esboçou o que Oscar Vilhena Vieira (2008) qualificou como “Supremocracia”.

O autor dividiu a acepção do conceito em dois aspectos, sendo o primeiro deles relacionado à autoridade que o Supremo Tribunal Federal possui em relação às demais instâncias do Poder Judiciário e, o segundo, à expansão da autoridade do STF em detrimento dos demais Poderes, posicionando a Corte no centro do sistema político (VIEIRA, 2008).

Conforme apontado por Vieira (2008), a posição política do Supremo foi fortalecida pela Constituição de 1988 e reforçada pelas EC. n. 3/93 e EC n. 45/05 e pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99. Nesse cenário, o STF começou a desempenhar não apenas o papel de guardião da Constituição e defensor dos direitos, mas também o de criador de regras.

À vista disso, o Tribunal Constitucional brasileiro coaduna o exercício de autoridade, inerente a interpretação constitucional, com o exercício do poder:

Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática. (VIEIRA, 2008).

A expansão dos instrumentos disponíveis para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo Tribunal Federal não apenas a desempenhar um papel de poder moderador, mas também a assumir a responsabilidade de decidir definitivamente sobre muitas questões de importância substancial (VIEIRA, 2008).

Nos últimos anos, há numerosos exemplos que demonstram como o Supremo Tribunal Federal ampliou sua capacidade de intervir diretamente em questões antes vistas como exclusivamente políticas, que tradicionalmente cabiam aos poderes Executivo e Legislativo.

De todo modo, ainda que a judicialização constitua um fato que não se pode ser contestado, haja vista que decorre do desenho institucional vigente, busca-se questionar o modo com que a Corte Constitucional exerce tal competência, haja vista que o modo de atuação dos juízes e dos tribunais é que vai definir a existência ou não do constitucionalismo abusivo.

### **3.1. Condução da jurisdição constitucional abusiva pelo judiciário brasileiro**

O processo de preparação das instituições para efetivar o constitucionalismo abusivo consiste em utilizar-se das estruturas constitucionais para corromper o próprio constitucionalismo, reforçando sua posição enquanto *player* no jogo político e o transformando em um ambiente desproporcional quando deveria haver o saudável exercício dos *checks and balances* (ESTORILIO; BENVINDO, 2017).

A esse respeito, o autor Mark Tushnet concluiu que o constitucionalismo serve como um manual de estratégias para um regime (referindo-se aos regimes autoritários) jogar junto com o Tribunal Constitucional. Em outros termos, o Tribunal age arditosamente através da argumentação judicial para justificar os passos subsequentes do regime, para mais tarde sustentar interpretações abusivas, servindo assim, aos objetivos dos governantes autoritários (TUSHNET, 2015).

Na visão de Tushnet (2015), as Cortes Constitucionais ainda possuem certo grau de independência e empregam os princípios básicos de direito suficientemente bem. No entanto, os magistrados, mormente aqueles membros de Tribunais de cúpula, se alinham mais facilmente às inclinações do regime dominante.

É possível observar, nos últimos anos, a crescente presença do Supremo Tribunal Federal no campo político, seja através das decisões da Suprema Corte, seja nas falas de seus ministros. Assim, tais fatos tendem a corroborar a posição do STF como agente central no constitucionalismo abusivo, de modo que a atuação da jurisdição constitucional disponha de autoridade o suficiente para, posteriormente, participar como agente de interesses no processo decisório (ESTORILIO; BENVINDO, 2017).

Assim, sob tal perspectiva, é demasiadamente corriqueiro perceber os avanços das cortes no cenário político, cujo o propósito é de eleger-se como um “agente seletivo do

constitucionalismo abusivo, fortalecendo as capacidades de decisão, e ainda estabelecer uma papel mais definitivo a suas deliberações” (ESTORILIO; BENVINDO, 2017).

No caso do Brasil, Rafael Estorilio e Juliano Benvindo (2017) bem identificaram a prática de abuso pela cúpula do Judiciário baseados em dois focos: sincronicidade e uso deslocado da subsunção.

A sincronicidade está relacionada à causalidade coordenada entre dois eventos e pode ser esboçada no âmbito decisório do STF no julgamento da medida cautelar na ADPF 402, quando o STF, em decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, concedeu tutela liminar para determinar o afastamento do então presidente do Senado Federal, Renan Calheiros. Tal decisão monocrática gerou um conflito institucional, de maneira que a mesa do Senado afirmou que se recusaria a cumprir a decisão judicial.

Ocorre que, exatamente na mesma data em que o recurso do Senado que era contrário à decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio era julgado, o projeto de lei que tratava do abuso de autoridade iria a votação pelos senadores, cujo texto repercutiria diretamente sobre o Poder Judiciário.

Durante o julgamento do recurso, foi decidido contrariamente à decisão monocrática que afastava o parlamentar de seu cargo, permitindo que o Presidente do Senado permanecesse no exercício da função, sem poder, todavia, permanecer na linha sucessória de possíveis Presidentes da República. Simultaneamente, o projeto de lei sobre abuso de autoridade foi engavetado no âmbito do Senado Federal.

Em ambas situações é possível verificar uma sincronicidade entre os eventos, na medida em que uma deliberação interinstitucional permite uma agremiação dos Poderes quanto à interpretação da Constituição, para que haja um fortalecimento pessoal de seus agentes (ESTORILIO; BENVINDO, 2017).

Nesse contexto, Rafael Estorilio e Juliano Benvindo afirmam que:

Negar a existência de possíveis estratégias políticas nessa correlação de forças é assumir a ingenuidade na análise de comportamentos humanos e de movimentações institucionais. A sincronicidade, embora não prove que tenha havido, peremptoriamente, a prática do abuso constitucional, ao menos promove a suspeição sobre esses movimentos. (ESTORILIO; BENVINDO, 2017).

Sob esse enfoque, a causa subjacente a uma série de eventos resultantes das decisões de um Tribunal, sob uma perspectiva estratégica, revelando claramente um constitucionalismo abusivo na justiça constitucional.

Ora, tais práticas têm revelado uma nova configuração do STF como instituição central do jogo político, cuja deliberação se assemelha mais a práticas comuns de negociação política, em detrimento do constitucionalismo democrático.

Por sua vez, o uso deslocado da subsunção é caracterizado pela falta de isonomia na interpretação dada pela Corte sobre questões fáticas idênticas e com relativa proximidade temporal, que ensejaria a aplicabilidade do mesmo direito (ESTORILIO; BENVINDO, 2017).

Quando isso ocorre, a interpretação constitucional não decorre da melhor análise dos textos e precedentes legais, mas baseadas em argumentação não jurídica a fim de garantir algum interesse próprio, por pressão do governo ou das elites políticas (MONT'ALVERNE; LEITÃO; SOUSA, 2023).

Para elucidar, no ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em sede de tutela liminar (MS 34.070), que impossibilitava o então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva de assumir o cargo de Ministro da Casa Civil. De acordo com a fundamentação apresentada na antecipação de tutela conferida pelo Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança, tal fato era um típico exemplo de desvio de finalidade administrativa, vez que a posse serviria puramente para obter foro por prerrogativa de função quando o então ex-presidente era alvo de investigações judiciais.

Em contrapartida, no ano seguinte, o presidente Michel Temer à época visava nomear Moreira Franco como Ministro de Estado, o qual era amplamente implicado na conhecida “Operação Lava-Jato”. Tal condição colocava Moreira Franco em posição semelhante a do então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que seria alcançado pelo foro privilegiado por prerrogativa de função.

Como consequência, partidos políticos como o PSOL e REDE Sustentabilidade impetraram Mandado de Segurança, cuja tutela liminar restou negada. De acordo com a decisão do Ministro Celso de Mello, era questionável a capacidade ativa dos partidos políticos para interesses difusos e, também, não havia evidências de que tal ato era eivado por nulidade (ESTORILIO; BENVINDO, 2017).

Se vislumbra, portanto, posturas diversas do STF em casos deveras similares, de modo que tal oscilação demonstra certa fraqueza institucional da Corte, propiciando assim o desprestígio popular e institucional do Tribunal e, além de denotar uma insegurança jurídica no âmbito da justiça constitucional, exerce forte influência no movimento político-social do país.

Outro ponto a ser discutido diz respeito ao poder de decisão individual que cada ministro do Supremo Tribunal Federal detém. Em sua gênese, as decisões monocráticas

servem apenas para conceder medidas cautelares de urgência para que seja garantido o futuro do processo, entretanto, sem abranger o mérito.

Vale ressaltar que o deferimento de medidas liminares monocraticamente é legal, cuja previsão consta na Lei de Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99) e no Regimento Interno do STF, em seu artigo 13, inciso VIII, porém, apenas como medida excepcional e durante o recesso do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com os dados disponíveis no portal do Supremo Tribunal Federal, nos primeiros seis meses do ano de 2024, foram proferidas 41.613 decisões monocráticas, enquanto que apenas 9.538 das ações foram julgadas em Plenário. A porcentagem de tais dados apresenta que apenas 18,64% das decisões foram proferidas em colegiado.

Assim, pois, a exceção virou a regra e, a regra em exceção, haja vista que menos da metade das ações que deveriam ter sido deliberadas em Plenário, foram de fato. Além disso, Luiza Brito Ling (2023) menciona que, através dos dados do Tribunal, é possível constatar que as liminares permanecem em vigor por, em média, mais de dois anos até serem levadas ao colegiado, e até seis anos nos casos das ADIs.

A esse respeito, Ling (2023) alerta que:

O problema vai além, pois o controle pelo Plenário não vem sendo eficaz no processo de rediscussão e fundamentação das decisões individuais, sendo incompetente no processo de impedir que estas se consolidem como status quo. (LING, 2023)

Aliás, o artigo 97 Constituição definiu que apenas a maioria absoluta dos membros do Tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, corroborado ainda com o artigo 23 da Lei nº 9.868/99. Luiza Brito Ling (2023) ainda salienta:

Se o próprio controle judicial de constitucionalidade, por si só, já se apresenta como uma questão delicada para a teoria democrática e constitucional, decisões individuais tomadas em seu bojo “parecem apresentar desafios intransponíveis”. (LING, 2023)

Apesar de as medidas cautelares monocráticas serem medidas de exceção, os membros da Suprema Corte têm utilizado-se deste recurso de maneira exacerbada, embora que na maioria das decisões não se vislumbre urgência que o justifique. Aliás, muitas decisões sequer chegam a ser submetidas ao referendo do Plenário do Tribunal.

Nesse caso, as liminares podem permanecer por anos com o ministro-relator, haja vista não haver prazo para liberar o processo para julgamento de mérito, podendo perdurar até que

o entendimento dos demais membros estejam alinhados ao do magistrado responsável, considerando que, não raro, as decisões monocráticas divergem do entendimento prevalecente do Tribunal (MONT'ALVERNE; LEITÃO; SOUSA, 2023).

De todo modo, o caráter provisório de tais deliberações acabam por substituir ou mesmo tornar inútil o próprio julgamento de mérito, quer pela perda superveniente do objeto ante a um longo decurso de tempo, quer pela dificuldade de retroceder ao “status quo” anterior à concessão da decisão monocrática, tendo em conta que inúmeros fatos vão se consumando sob arrimo da decisão “provisória”, tornando muito mais oneroso o custo social, econômico e político o processo de revogá-la (MONT'ALVERNE; LEITÃO; SOUSA, 2023).

Em vista disso, conforme elucidado por Bruna Araújo Alves de Medeiros, o individualismo das decisões do Supremo Tribunal Federal reflete o seu autoritarismo:

O comportamento dos ministros em instituir o avanço de suas decisões individuais como se fossem colegiadas corrobora para um autoritarismo do Supremo. Isso acontece devido à concentração de poderes nas mãos de cada juiz constitucional, proporcionando, portanto, uma fragmentação no Estado Democrático de Direito, tendo em vista a conduta abusiva e ilegítima desses agentes. Dessa forma, o individualismo do STF vai em desencontro com a Constituição e, até mesmo, contra o seu Regimento Interno, uma vez que tais normas não conferem tanto poder particular aos onze ministros. (MEDEIROS, 2022)

Outro paradigma a ser analisado tem como dilema o julgamento sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal. A síntese do caso dá conta de um processo de demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, o qual teve início ainda no regime militar, na década de 1970.

Durante o governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, houve a demarcação da reserva indígena através da Portaria 820/98, e finalmente homologada no governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva pela Portaria 534/05, no ano de 2005. No entanto, produtores de arroz que estavam instalados na região manifestaram resistência contra a Polícia Federal que tinha por incumbência retirar os não índios das terras demarcadas, de modo que o então governador do Estado de Roraima requereu ao STF uma liminar para que fosse suspensa a remoção dos agricultores.

Após a concessão do pedido de liminar, o então Senador por Roraima, Augusto Afonso Botelho Neto, deu início a uma Ação Popular em desfavor da União, postulando a declaração de nulidade da Portaria 534/05 proferida pelo Ministério da Justiça. Assim, a ação passou a ser julgada no ano de 2008.

Durante as deliberações, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto se manifestou a favor da demarcação contínua, sendo seguido por outros nove ministros. Dentre os ministros que acompanharam o voto do relator, o Ministro Menezes Direito, além de sustentar a validade da Portaria e do Decreto Presidencial, veio a produzir, discricionariamente, 19 condicionantes, tal como uma autêntica legislação sobre demarcação.

A Procuradoria-Geral da República chegou a questionar a validade das condicionantes incluídas ao acórdão da Ação Popular 3388, todavia, o novo Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, negou provimento aos embargos declaratórios apresentados pela PGR. Segundo o voto do Ministro Barroso, as 19 condicionantes não eram vinculantes, apenas serviriam de diretrizes para outros casos.

As condições estabelecidas para demarcação e ocupação de terras indígenas teriam a pretensão de sumular para outros casos. Apenas os ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa foram desfavoráveis de tais medidas sob argumento de tangenciamento do mérito (STRECK, 2018).

Lenio Luiz Streck (2018) faz um alerta para a ausência de critérios jurídicos adequados nos momentos em que o Judiciário se manifesta. Sobre o caso em questão, Streck refere que:

No entanto, o que era pra ficar restrito à análise da legalidade de dois atos praticados pelo Executivo acabou extrapolando para atividade legislativa da Corte Constitucional, que, com a justificativa de que a demarcação da Raposa Serra do Sol necessitava de maiores esclarecimentos, produziu 19 normas abstratas que deveriam orientar a execução da demarcação. (STRECK, 2018).

À vista disso, a discricionariedade judicial traz consequências graves ao se considerar que o Poder Judiciário tem ultrapassado as suas fronteiras e se determinado a deliberar sobre as insuficiências dos demais Poderes a partir de sua própria concepção política. Além da insegurança jurídica, abre-se precedentes para a excepcionalidade.

Frisa-se que um Estado de Exceção é aquele que detém o poder dispor do Direito como bem achar adequado para cada situação. Lenio Streck (2018) foi preciso ao afirmar que “se, em certas situações, o Judiciário se sente autorizado a agir na exceção, cai por terra uma das principais conquistas do constitucionalismo, que é a exigência, existente no Estado de Direito, de que todo o exercício do poder seja sempre constitucionalmente limitado” (STRECK, 2018).

Linhares (2016) afirma que o caráter antidemocrático das deformidades institucionais está no “viés juricêntrico” derivado de uma atuação excessivamente ativista do Poder

Judiciário. Nesse sentido, as posições adjudicatórias tendem a legitimar qualquer que seja a decisão do STF, ao invés de ordenar um diálogo aberto sobre a interpretação da Constituição (LINHARES, 2016).

### **3.2. Ativismo Judicial *versus* Ativismo Constitucional pela Suprema Corte Brasileira**

Inicialmente, cumpre delinear a acepção de ativismo judicial e o que tal expressão representa.

Lammêgo Bulos (2023) define o ativismo judicial como “o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo”.

José Matias Pereira (2021), por sua vez, relaciona o ativismo judicial a uma expansão significativa do Poder Judiciário através da interpretação constitucional (PEREIRA, 2021).

Similarmente, Elival da Silva Ramos (2015) compreende que o exercício da função jurisdicional que ultrapassa os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico incumbido ao Poder Judiciário, caracteriza o fenômeno do ativismo judicial.

Cumpre ressaltar que não há um consenso entre os estudiosos sobre o conceito de ativismo judicial, mas é evidente a conotação pejorativa no que diz respeito às práticas ativistas, por implicar na deturpação da atividade típica do Poder Judiciário em contraste com os demais Poderes.

De todo modo, tal fenômeno ultraja com maior demasia o Poder Legislativo porquanto o ativismo judicial ultrapassa as barreiras demarcatórias da função judiciária. Ativistas judiciais, ou melhor dizendo, juízes legisladores, ao invés de decidirem litígios, cuja função típica que lhes compete exercer, praticam atos inerentes ao ofício de Deputados e Senadores da República (LAMMÊGO BULOS, 2023).

À vista disso, Uadi Lammêgo Bulos sustenta que:

Assim, o ativismo judicial é uma ultrapassagem das linhas demarcatórias da função judiciária, pois o juiz desborda o núcleo essencial da jurisdição. Em vez de dizer o direito nos conflitos de interesse, passa a criar comandos normativos, via sentenças judiciais, indo muito além da criatividade natural que permeia o munus judicante. (LAMMÊGO BULOS, 2023).

Feitas considerações sobre o fenômeno do ativismo judicial, será desenvolvida a dogmática do ativismo judicial com enfoque em decisões que versem sobre matéria constitucional, isto é, relacionando apenas com a aplicação da Constituição.

Christine Oliveira Peter traz à luz o conceito de ativismo constitucional, ou da Constituição. Em suas palavras o ativismo constitucional é:

Toda ação que tenha como meta realizar a constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz. (PETER, 2015)

A autora faz um desmembramento do ativismo constitucional com base em três perspectivas: a da razão ativista (de cunho ideológico), a da postura ativista (de cunho teórico) e da atitude ativista (de cunho metodológico). Com efeito, será feita uma análise com enfoque sobre a perspectiva da razão ativista, ou seja, sobre o ativismo constitucional ideológico (PETER, 2015).

Na perspectiva ideológica, o ativismo constitucional caracteriza-se pelo comprometimento com a concretização dos direitos fundamentais em todos os âmbitos da vida jurídica, impondo aos ativistas constitucionais um discurso que justifique as suas ações e decisões, cujas quais devem estar estritamente vinculadas ao encargo de tornar efetivos esses direitos.

Verifica-se, entretanto, que há críticas substanciais tecidas em desfavor da teoria da ordem de valores, haja vista que teria o potencial de transformar os direitos fundamentais em um sistema fechado, apartado do restante da Constituição. Nesse sentido, haveria primazia hierárquica pelos direitos fundamentais em relação às demais normas constitucionais (PETER, 2015).

Aliás, Gomes Canotilho já esboçava críticas ao decisionismo e as suas consequências ao afirmar que “a ordem de valores abre caminho para a interpretação dos direitos fundamentais desembocar numa instituição espiritual, conducente a uma tirania de valores, estática e decisionista” (CANOTILHO, 2003).

Outrossim, também há controvérsias relacionadas ao tema considerando que a total dependência dos direitos fundamentais a uma ordem de valores acarreta a uma relativização desses direitos, os quais estão diuturnamente submetidos a controle interpretativo, atendendo a uma pauta de valores que pode ser conduzida a uma interpretação arbitrária (CANOTILHO, 2003).

Há uma singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional, a qual é atinente às peculiaridades do exercício de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, conforme apontado por Elival Ramos, compreende, por exemplo, a fluidez e a decorrente

imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, de maneira que frequentemente é referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo.

Portanto, se por meio do exercício ativista é distorcido, de alguma maneira, o sentido do dispositivo constitucional aplicado, seria deturpada a obra do Poder Constituinte originário e, empreendida uma mutação inconstitucional (RAMOS, 2015).

Em que pese a Constituição Federal de 1988, assim como outras constituições democráticas contemporâneas, possuir alguns enunciados normativos vagos e até mesmo ambíguos, ainda assim tais enunciados são dotados de alta carga valorativa. Por esse motivo, a maneira como o Tribunal Constitucional delibera questões de grande importância através da interpretação e ponderação dos princípios e cláusulas constitucionais abstratas, torna-se problemática e controvertida, sobretudo por se tornar difícil distinguir interpretação legítima de mudança ilegítima da norma interpretada (CAMPOS, 2014).

De acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

A dificuldade está em delimitar as fronteiras entre a pura aplicação das disposições constitucionais e a criação normativa pelo Supremo Tribunal Federal quando concretiza essas normas vagas e imprecisas, dotadas de relevância social e de alta carga axiológica, em um cenário crescente de técnicas nada ortodoxas de decisão de inconstitucionalidade. (CAMPOS, 2014)

Por conseguinte, toda decisão judicial expansiva da definição dos princípios constitucionais abstratos, de modo que venha a regular diretamente condutas concretas ou mesmo criar novas regras constitucionais será, pois, ativista. Assim, o juiz constitucional ativista acaba por substituir o legislador no encargo de sanar o vácuo normativo iniciado pelo constituinte originário (CAMPOS, 2014).

No ano de 2023, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por falta de disposição legal, que atos ofensivos praticados contra pessoas que pertencem à comunidade LGBTQIAPN+ se enquadram no tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989).

O relator do MI 4733, o Ministro Edson Fachin, reconheceu que a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual configura racismo e prática da homotransfobia pode configurar crime de injúria racial. Em sua decisão, Fachin fundamentou que "A interpretação que restringe sua aplicação aos casos de racismo e mantém desamparadas de proteção as ofensas racistas perpetradas contra indivíduos da comunidade LGBTQIAPN+ contraria não apenas o acórdão embargado, mas toda a sistemática constitucional".

Ainda, o julgado considerou que, nos casos dos crimes dolosos contra a vida, haveria a aplicação da circunstância qualificadora por motivo torpe, estabelecida no artigo 121, inciso I, do Código Penal Brasileiro (SILVA; FIGUEIREDO, 2023).

Vale destacar que a Constituição Federal consagrou o princípio constitucional da legalidade, positivado no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, especificamente no inciso XXXIX, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Na tentativa de solucionar um problema, o Tribunal acabou expandindo a sua interpretação a um grau quase normativo. Logo, percebe-se claramente um exercício ativista, sobremaneira pela invasão de competências, sobretudo do Poder legislativo, através da analogia da norma penal existente àquelas situações semelhantes para as quais não há expressamente previsão legal (SILVA; FIGUEIREDO, 2023).

Nesse caso, além de ser vedado o uso de analogia no direito penal *in malam partem*, de modo que acarretaria danos aos princípios da legalidade e da reserva legal, a atuação do órgão judiciário tornou nebulosa a distinção entre legislação e jurisdição.

Sob esse olhar, Carlos Alexandre de Azevedo Campos relaciona a inércia legislativa ao fator tempo, uma vez que o longo decurso de tempo se mostra decisivo para uma atuação mais ativista do juiz constitucional para reparar a omissão legislativa (CAMPOS, 2014).

Um segundo exemplo é o emblemático caso em que o então Deputado Federal Daniel Silveira foi preso em flagrante delito depois de ter compartilhado um vídeo nas redes sociais em que aparecia expondo sua opinião sobre os ministros do STF.

O problema central desse fato está na violação do artigo 53, da Constituição Federal, cujo qual garante liberdade aos parlamentares para expressarem suas opiniões, *in verbis*: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (BRASIL, 1988).

Tal prerrogativa está dividida em dois tipos: imunidade material, real ou substantiva, a qual implica a exclusão da prática de crime, como também a inviolabilidade civil pelas opiniões, palavras e votos dos parlamentares (art. 53, caput, CF/88) e, imunidade processual, formal ou adjetiva, definindo as regras sobre prisão e processo criminal dos parlamentares (art. 53, §§2º a 5º, CF/88) (LENZA, 2024).

Conforme as palavras do jurista Pedro Lenza (2024), a imunidade material é sinônimo de democracia, garantindo ao parlamentar não ser perseguido ou prejudicado em razão de sua atividade na tribuna, na medida em que assegura a independência nas manifestações de pensamento e no voto (LENZA, 2024).

Portanto, as palavras e opiniões do deputado federal, nesse caso, não poderiam ensejar em sua prisão, visto que é dotado de liberdade para expressar (com ênfase no vocábulo quaisquer) suas opiniões, palavras e votos, não sendo incluída nenhuma exceção em tal dispositivo constitucional.

De todo modo, a prisão de um parlamentar apenas se justificaria nos casos de prisão em flagrante de crime inafiançável (art. 53, §2º, CF/88) e convém destacar que o rol de crimes inafiançáveis é taxativo conforme estabelecido no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Constituição, bem como pode ser encontrado no artigo 323, do Código de Processo Penal, nos incisos I, II e III.

Assim, as acusações imputadas ao parlamentar de denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* e *injuriandi* não configuram crimes inafiançáveis, sendo assim, impossível a decretação de prisão neste caso. Em que pese a animosidade das afirmações do ex-deputado federal, tais declarações feitas no vídeo publicado em sítios de internet não demonstraram, por si só, efetiva e materialmente, qualquer conduta apta a atingir os valores do estado democrático de direito.

Doravante, há um crescimento do poder de barganha no cenário político brasileiro através da ampliação do condão dos órgãos judiciários nas decisões discricionárias, cujas quais se consubstanciam em institutos constitucionais e, eventualmente, são qualificadas como verdades absolutas inerentes ao exercício da justiça constitucional.

A análise das decisões em que é possível identificar o fenômeno do ativismo judicial no âmbito jurisprudencial da Corte Constitucional brasileira, revela que uma das principais causas de sua intensificação é de ordem institucional, porquanto o esforço conferido ao controle jurídico da função legislativa e a incumbência de concretizar plenamente a Constituição, ultrapassa, ocasionalmente, os limites impostos pelo ordenamento jurídico à condução da função jurisdicional (RAMOS, 2015).

Por consequência, pode-se constatar que a Suprema Corte, por vezes, adota pautas em que, aparentemente, há a intenção de melhorar o futuro e proteger a democracia, entretanto, assume uma postura de quase divindade, sobremaneira pela expansão de seu poder de decisão.

### **3.3. Democracia Constitucional e Constitucionalismo Abusivo**

O conceito de democracia propriamente dito ainda é uma ideia essencialmente complexa e contestada.

De maneira concisa, Linhares identifica a democracia como o governo do povo, a qual aposta na vontade das maiorias como forma de legitimação do exercício do poder, enquanto que o constitucionalismo é delineado como um movimento teórico-político, cujo objetivo é limitar o exercício do poder a partir de mecanismos aptos a gerar e a garantir o exercício da cidadania (LINHARES, SEGUNDO, 2016).

Na visão do autor, democracia e constitucionalismo são conceitos complementares e sinérgicos e devem ser vistos com equilíbrio, haja vista que uma democracia ilimitada, cuja vontade popular majoritária seja permanente, sem os devidos freios contramajoritários, acomete os direitos das minorias, revelando-se em uma verdadeira ditadura da maioria (LINHARES, SEGUNDO, 2016).

Deste modo, o constitucionalismo dispôs de dispositivos contramajoritários de proteção de direitos, denotando, assim, que um Estado Democrático de Direito só existe e perdura ao longo do tempo pelo mérito de um processo político constitucionalmente regulado (LINHARES, SEGUNDO, 2016).

Para Rosalind Dixon e David Landau (2021), há um núcleo mínimo da democracia constitucional, que implica em eleições regulares, livres e justas, com algum nível mínimo de competição entre partidos políticos, com um conjunto de diretrizes que incluam o respeito pelos direitos e liberdades políticas necessárias aos processos democráticos. Além disso, a autora também reconheceu que a competição política eficaz também requer o gozo dos direitos de expressão, associação e liberdade de imprensa a fim de colocar o pleito eleitoral em condições de igualdade.

Outro pré-requisito defendido é o compromisso com o Estado de Direito, de modo que a aplicação da lei seja estável e previsível e não seja aplicada de maneira discriminatória contra oponentes políticos (DIXON; LANDAU, 2021).

A partir deste contexto, será feita uma análise das eleições presidenciais brasileiras no ano de 2022, baseando-se na premissa de que o pleito eleitoral naquele ano gerou amplos debates e divergências. Sob esse olhar, será discutida sobre a ocorrência, ou não, do cerceamento da democracia e se os candidatos à época concorreram em iguais condições.

O ano eleitoral de 2022 foi marcado por uma grande polarização política, de um lado, o então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro buscava sua reeleição, e por outro, o então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva retornava à arena política para concorrer a um terceiro mandato.

Um dos fatores preponderantes que possivelmente suscitou para “inflamar” a corrida eleitoral, foi o fato de Lula da Silva disputar a cadeira presidencial mesmo diante de todos os

escândalos de corrupção que envolviam os seus mandatos e as posteriores anulações de suas condenações, o que, de certa maneira, despertou um sentimento de impunidade em certos grupos da sociedade.

Nesse cenário, a Suprema Corte participou ativamente do escrutínio, realizando o balizamento das eleições naquele ano. Aliás, durante as fiscalizações das eleições, o Tribunal Superior Eleitoral emitiu decisões um tanto quanto polêmicas, senão controversas.

A título de ilustração, naquele ano o TSE determinou a desmonetização de alguns canais jornalísticos na plataforma YouTube, entre eles, os canais do Brasil Paralelo, Foco do Brasil, Folha Política e Dr. News, cujo conteúdo produzido tinha cunho político eleitoral. Sobretudo, o Plenário determinou a suspensão do lançamento de um documentário do jornal Brasil Paralelo até data posterior ao sufrágio.

O documentário em questão, produzido pelo editorial do jornal Brasil Paralelo, tinha como título “Quem mandou matar Jair Bolsonaro?” e teria estreia seis dias antes do segundo turno das eleições, no ano de 2022. No entanto, a partir do voto do relator, o corregedor-geral da Justiça Eleitoral, Ministro Benedito Gonçalves, na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) apresentada pela Coligação Brasil da Esperança contra o candidato Jair Bolsonaro, foi suspensa a exibição da reportagem, podendo ir ao ar apenas após a votação.

O embasamento argumentativo da decisão diz respeito ao uso indevido dos meios de comunicação, abuso de poder político e econômico, bem como a utilização das redes sociais por um grupo de pessoas para promover deliberada produção e difusão exponencial de notícias falsas, com o fim de prejudicar a candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva.

No julgamento, a Coligação Brasil da Esperança alegou a existência de um “verdadeiro ecossistema de desinformação”, cujo objetivo era beneficiar algumas candidaturas em detrimento de outras.

Em contrapartida, a Constituição, em seu rol dos direitos e garantias fundamentais, garante a livre manifestação do pensamento, vedando apenas o anonimato. Além dos incisos IV, IX, XIV, do artigo 5º, da Carta de 1988, a liberdade de expressão está incorporada no artigo 220, caput e seus respectivos parágrafos, *in verbis*:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (BRASIL, 1988)

Em suma, a Constituição Federal deixou evidenciado que a liberdade de expressão incide sobre todo tipo de concepção, juízo de valor e ponto de vista sobre qualquer assunto, bem como resguarda a comunicação, a informação e o acesso a elas.

É fato que tal direito não é absoluto, porquanto em certas circunstâncias há conflitos com outros direitos fundamentais. Entretanto, é preciso cautela para que as restrições legais não resultem em censura prévia, pois, como defendido por Diego Fonseca Mascarenhas:

Tal restrição prévia configuraria a tentativa de limitação da cidadania no aspecto em que as pessoas não estariam livres para pensarem e agirem como quiserem, ou seja, não seriam capazes de decidir sobre o próprio destino e de assumir responsabilidade pelo mesmo. (MASCARENHAS, 2021)

Assim, a responsabilização pelos eventuais danos causados pela divulgação de informações deverá seguir o modelo de responsabilidade civil ulterior ao casuístico, de maneira que o controle da atividade midiática não deva ser utilizado com fim preventivo, mas tão somente após a lesão aos direitos de personalidade (MASCARENHAS, 2021).

De todo modo, os próprios membros da Suprema Corte reconheceram a excepcionalidade da decisão de suspender a estreia do documentário produzido pelo editorial da Brasil Paralelo naquele período.

A Ministra Cármen Lúcia, mesmo diante da natureza exótica da medida, defendeu-a sob o argumento de que diante da iminência de ter um segundo turno das eleições, não houvesse nenhum tipo de comprometimento da lisura, higidez e segurança do processo eleitoral e dos direitos dos eleitores.

A partir deste entendimento, a Corte Constitucional legitimou a criação de uma exceção não prevista na Constituição. Assim sendo, a violação da lei maior é vista como uma ameaça à democracia (STRECK, 2018).

Nesse sentido, Lenio Streck destaca:

Assim como não existe salvo conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, estará ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião. (STRECK, 2018).

Em todo caso, ainda que alguns membros da Corte tenham reconhecido o caráter inusitado da medida, defenderam que a excepcionalidade era necessária naquela situação, tornando-se, pois, um problema sério à democracia constitucional.

Sob esse aspecto, Dixon e Landau (2021) referem que mudanças constitucionais informais têm impacto no núcleo mínimo democrático, porquanto os Tribunais, por meio da reinterpretação judicial, são uma via suficientemente eficaz para levar a cabo mudanças constitucionais abrangentes (DIXON; LANDAU, 2021).

Em que pese o Poder Judiciário não ter competência para emendar a Constituição, conforme as disposições do artigo 60 da Carta Magna, tampouco possuir poder constituinte para substituí-la, o fenômeno do constitucionalismo abusivo praticado pelo Tribunal Constitucional evidencia-se através das decisões que ultrapassam os limites e ampliam o sentido da norma (MEDEIROS, 2022).

Claudia Maria Barbosa (2019) aponta que “o fato de os mecanismos de controle sobre a atuação do Judiciário serem muito frágeis, potencializa as possibilidades de abuso de poder”.

O paradoxo de tal situação está no fato de que é incumbido aos ministros a proteção dos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos contra o abuso de poder, todavia, há uma disfunção constitucional na hipótese do abuso decorrer do próprio Poder Judiciário, porquanto não há mecanismos de proteção contra a atuação abusiva jurisdicional, já que é incumbido ao Judiciário proferir a última palavra.

O protagonismo político do Judiciário, na visão de Claudia Maria Barbosa, acaba fragilizando a Constituição, haja vista que através de uma acentuada judicialização da política é ocasionado o desequilíbrio dos Poderes republicanos (BARBOSA, 2019).

A inexistência de mecanismos eficazes de controle institucionais ou sociais quanto à atuação do Judiciário, sobretudo dos ministros do Tribunal Constitucional, inviabiliza a sua responsabilização pelo exercício abusivo do poder (BARBOSA, 2019).

A Constituição de 1988 instituiu que a sua guarda e proteção caberia, essencialmente, ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, há uma erosão no sistema de freios e contrapesos a partir do protagonismo político do Poder Judiciário nos últimos anos, conforme afirma Claudia Maria Barbosa:

O regime da juristocracia fragiliza a Constituição, torna-a inútil para a garantia da liberdade dos cidadãos, incapaz em conter os abusos de autoridade, frágil em assegurar o funcionamento harmônico, independente e responsável dos Poderes, e inepta no controle da atuação ilegal e abusiva dos agentes públicos. (BARBOSA, 2019).

A autora afirma que a combinação entre uma juristocracia pujante e de uma Constituição inapta a atender as funções que a legitimam, acaba colocando em xeque o Estado

Democrático de Direito já consolidado, através de arranjos entre os tradicionais atores políticos, inclusive o Poder judiciário (BARBOSA, 2019).

Em suma, embora os Tribunais Constitucionais sejam frequentemente considerados como uma defesa potencial para as constituições democráticas liberais, em algumas situações são um caminho eficiente para enfraquecê-las, conforme abordado nas linhas anteriores.

O Tribunal Constitucional brasileiro é o responsável por proteger a Constituição e garantir sua aplicação, em defesa dos direitos fundamentais e dos princípios e processos democráticos. Nessas situações, uma atuação contramajoritária deverá ser em benefício da democracia, e não em detrimento dela.

Nesse sentido, Patrícia Cardoso Cardim assevera que:

Nas demais circunstâncias, o STF deverá acatar as escolhas feitas pelo legislador, desde que legítimas, abstendo-se de sobrepor sua valoração política. Sua atuação será legítima em caso de inércia inconstitucional dos demais Poderes ou quando estes pratiquem atos que atentem contra a Constituição Federal. (CARDIM, 2010).

Destarte, tais situações demonstram que o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado disposto a interferir no poder político do Legislativo, utilizando mecanismos que não estão estribados pelo ordenamento jurídico vigente. A Corte frequentemente argumenta que a excepcionalidade na interpretação e aplicação dos princípios e regras do sistema constitucional reflete a excepcionalidade da situação em questão.

Por todas essas razões, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, em certos julgados e decisões, adere a práticas que se enquadram na definição de constitucionalismo abusivo. Isso ocorre através de manobras que, embora pareçam estar de acordo com os mecanismos constitucionais, acabam por tornar o Estado significativamente menos democrático do que já foi um dia.

#### **4. CONCLUSÃO**

O constitucionalismo é, inquestionavelmente, um grande êxito para consolidação do Estado Democrático de Direito, pois proporciona a proteção necessária contra o arbítrio de um regime tirânico através da defesa e promoção da constituição, além de tutelar os direitos e garantias fundamentais em uma democracia liberal.

No entanto, a diferença entre o remédio e o veneno está na dose. Em que pese a Constituição ser idealizada a partir de princípios democráticos, também pode ser utilizada de

maneira abusiva, reduzindo-se o seu caráter garantístico com o fim de atender aos interesses dos agentes políticos.

Tal fenômeno é intitulado como “constitucionalismo abusivo”, cujo qual possui todos os aspectos do constitucionalismo democrático liberal, mas em sua essência torna um Estado substancialmente menos democrático do que era antes, de modo que pode ser efetuado por qualquer agente constitucional, até mesmo pelo Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional, no desempenho da jurisdição constitucional, é um importante guardião do constitucionalismo democrático, porquanto é intérprete último da Constituição, cujas deliberações são tidas como *ultima ratio*. A prerrogativa incumbida ao Tribunal Constitucional foi estabelecida pela própria Carta Magna, propiciando à Suprema Corte poderes e os aparatos necessários para a proteção do constitucionalismo democrático.

Não obstante, apesar de ser conferida ao Tribunal Federal a legitimidade para atuar na defesa do estado democrático de direito, também são estabelecidos limites de atuação e, ao extrapolar esses limites, a conduta do Tribunal será ilegítima, quiçá abusiva.

Portanto, para distinguir o exercício do Tribunal Constitucional na condução da jurisdição constitucional abusiva é necessário compreender os limites de sua legitimidade na dinâmica democrática constitucional.

Ora, pois, é primordial mensurar as balizas da arena política e os limites de atuação do STF ao fazer jus de seus interesses, bem como estabelecer os parâmetros do uso argumentativo da Suprema Corte quando utilizado para desequilibrar os *checks and balances* em seu benefício.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal e seus ministros dispõe de indiscutível poder de definição no cenário constitucional democrático brasileiro. Consequentemente, é arrazoado a sua competência na jurisdição constitucional como intérprete último em litígios de alta densidade político-jurídica.

Todavia, nos contextos em que as demais instituições revelem-se falhas e/ou negligentes, abrem-se precedentes para que a Suprema Corte e seus membros empreendam práticas que violem as barreiras estabelecidas pelo constitucionalismo democrático por intermédio de ações que aparentemente estão estribadas sob a égide da democracia.

Assim, a partir da autoridade argumentativa de que a Corte é detentora, as sentenças proferidas podem, na realidade, favorecer a posição do STF como “agente seletor do constitucionalismo abusivo, fortalecendo as capacidades de decisão, e ainda estabelecer um papel mais definitivo a suas deliberações”.

Por conseguinte, o aumento do condão do STF em intervir nas esferas claramente políticas tem propiciado a presença do constitucionalismo abusivo no Brasil. Nessa toada, o diagnóstico do fenômeno da sincronicidade e do uso deslocado da subsunção no exercício das prerrogativas do Tribunal Constitucional se faz tão necessário.

A sincronicidade está relacionada ao conjunto de acontecimentos que abrangem um nexo de causalidade ocultos e, quando há ocorrência do constitucionalismo abusivo perpetrado pelo Tribunal Constitucional, a sincronicidade está presente na deliberação judicial. Ao passo que o uso seletivo da subsunção está relacionado ao entendimento diverso da Suprema Corte sobre idêntica questão jurídica, de modo que essa distinção ocorre por uma condição política, por influência popular ou mesmo devido ao ministro relator agir de acordo com um ardiloso esquema estratégico.

Além do mais, há controvérsias relacionadas ao poder de decisão individual de cada ministro, porquanto a Constituição estabelece tal prerrogativa em situações excepcionais e específicas. De diverso modo, cada magistrado, ao arrepio da Constituição, detém o poder de decidir monocraticamente suspender a legislação indeterminadamente, suprimindo o julgamento de mérito pelo Plenário e estabelecendo o seu entendimento como absoluto.

Apesar de as decisões individuais serem permitidas em determinadas circunstâncias, o uso ostensivo pelo Tribunal faz com que a subjetividade e os interesses individuais de seus membros se sobressaiam, sobretudo quando concernente à questões políticas.

Portanto, essa idiosincrasia favorece o autoritarismo e acaba corrompendo o Estado Democrático de Direito, de modo que favorece que os ministros da Corte sejam agentes do constitucionalismo abusivo, tendo em vista que as decisões monocráticas são utilizadas como um mecanismo de enfraquecimento da democracia liberal.

Há, pois, uma transgressão à norma constitucional e, conseqüentemente, ao regimento interno do Tribunal, quando a prerrogativa de decidir em última instância ou o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, atribuídos ao Supremo Tribunal Federal enquanto instituição colegiada, são exercidos de maneira individualizada.

Os paradigmas jurisprudenciais extraídos do STF são relevantes para retratar as manobras no texto constitucional utilizadas como amparo de suas decisões arbitrárias e substancialmente ajustadas ao jogo político, conforme desenvolvidas ao longo da pesquisa.

A discricionariedade judicial está tomando proporções perigosas, à medida que o Poder Judiciário tem ultrapassado seus limites ao deliberar sobre as insuficiências dos demais Poderes a partir de sua própria concepção política, como no caso das demarcações da reserva

indígena Raposa Serra do Sol, pelo STF, quando foram legisladas condicionantes para tal demarcação.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura ativista na interpretação constitucional, sob o argumento de proteção e concretização dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Muito provavelmente esta conduta do Tribunal seja resultante da inércia do Poder Legislativo em resolver os conflitos e as demandas da sociedade.

O ativismo judicial pela Suprema Corte foi evidenciado no caso da configuração dos crimes de homofobia e transfobia no tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989). Para mais, foi decidido que nos casos dos crimes dolosos contra a vida, terá a aplicação da circunstância qualificadora por motivo torpe, estabelecida no artigo 121, inciso I, do Código Penal, em uma verdadeira legislação velada.

No caso do ativismo judicial sobre matéria constitucional, há a distorção de sentido de alguns dispositivos constitucionais em determinados julgados da Suprema Corte, conforme empreendido no caso da prisão do ex-deputado federal Daniel Silveira. O Supremo, neste caso, desvirtuou o sentido da norma constitucional que estabelece imunidade material e processual aos parlamentares ao determinar a prisão em flagrante do então deputado .

É cristalino que, no encargo de efetivar plenamente a Constituição, o Tribunal Constitucional ultrapassa, ocasionalmente, os limites impostos pelo ordenamento jurídico à condução da função jurisdicional.

Tais condutas ativistas do STF se intensificaram, sobretudo, nas eleições presidenciais de 2022, essencialmente pelos episódios marcados por uma censura prévia implementada pelo Tribunal Superior Eleitoral naquele ano. A decisão de postergar o lançamento de conteúdo jornalístico não apenas afrontou as diretrizes constitucionais, como também desabonou os pilares democráticos.

A cada juízo de exceção conferido pela Suprema Corte brasileira, há o enfraquecimento da Constituição Federal e, conseqüentemente, da democracia. Por óbvio, os frutos de tais exceções, o Estado Democrático de Direitos é transformado em um estado de exceção.

Em conclusão, o STF vem demonstrando ser um agente vigoroso do constitucionalismo abusivo no âmbito jurisdicional brasileiro, através de condutas que resultam em uma notória diminuição dos níveis democráticos do Brasil. Deste modo, a Suprema Corte tem manipulado mecanismos que, ao que parece, são constitucionais, mas em seu cerne tornam o Estado substancialmente menos democrático do que já fora antes.

## 5. REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da constituição. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 4, n. 2, p. 1-24, 2019.
- BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz.; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. Direitos Fundamentais e Justiça, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOBBIO, Norberto.; MATTEUCCI, Nicola.; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. vol. 1. 11 ed. tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 1a ed., 1998.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República [1988]. <Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 9 jun. 2024.
- BRASIL, Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 15 jun. 2024.
- BRASIL, Superior Tribunal Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral n. 0601522-38.2022.6.00.0000. Brasília, 16 out. 2022. Disponível em: <<https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#!/public/resultado/0601522-38.2022.6.00.0000>> Acesso em: 14 jun. 2024.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Mandado de Injunção n. 4.733. Embargante: ABGLT - Associação brasileira de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transsexuais e intersexos. Embargado: Congresso Nacional, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 22 ago. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512663&ori=1>> Acesso em: 9 jun. 2024.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781/DF. Autores: sob sigilo. Advogados: sob sigilo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 16 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INO4781FLAGRANTEDELITODECISAO.pdf>> Acesso em: 24 jun. 2024.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23452. Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2023452%22>>
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Painel de decisões, 2024. Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/extensions/decisoes/decisoes.html>> Acesso em: 21 jun. 2024.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 16 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDIM, Patrícia Cardoso. Justiça constitucional: da judicialização à hiperconcentração de poderes nas mãos do supremo. Tese (Pós-graduação em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 80, 2010.
- CUIZA, Paulo. Senado considera Gualberto Cusi culpado e exonera-o do TPC. La Razón, La Paz, 2 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.la-razon.com/lr-article/senado-encuentra-culpable-a-gualberto-cusi-y-lo-destituye-del-tcp/>> Acesso em: 10 mai. 2024.
- DIXON, Rosalind., LANDAU, David. Abusive constitutional borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy. Reino Unido: Oxford, 2021.
- ESTATÍSTICA do Supremo Tribunal Federal, jun. 2024. Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/extensions/decisooes/decisooes.html>> Acesso em: 23 jun. 2024.
- ESTORILIO, Rafael., BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. Cadernos Adenauer, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017.
- GROSTEIN, Julio. Autocontenção judicial e jurisdição constitucional. São Paulo: Almedina, 2021.
- LANDAU, David. Abusive constitutionalism. U.C. Davis Law Review, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.
- LENZA, Pedro. Direito constitucional. 28 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.
- LIMA, Ana Gabriela Oliveira., GALF, Renata. Discurso criticado de Barroso na UNE cita 7 vezes democracia, 6 ditadura e 3 bolsonarismo. Estado de Minas [online], Belo Horizonte, 24 jun. 2023. Política. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2023/07/24/interna\\_politica,1524190/discurso-criticado-de-barroso-na-une-cita-7-vezes-democracia-6-ditadura-e.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2023/07/24/interna_politica,1524190/discurso-criticado-de-barroso-na-une-cita-7-vezes-democracia-6-ditadura-e.shtml)> Acesso em: 22 jun. 2024.
- LING, Luiza Brito. Supremo Tribunal Federal, decisões monocráticas e (a falta de) colegialidade: um panorama da gestão de Luiz Fux e Rosa Weber. Revista Foco, Curitiba, v. 16, n. 7, p. 1-20, jul. 2023.
- LINHARES, Emanuel Andrade., SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. Organização Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo, Alcimor Rocha Neto... [et al.]. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.
- MASCARENHAS, Diego Fonseca. Uma teoria do modelo de responsabilidade ulterior ao dano da liberdade de imprensa na democracia brasileira. 2021. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Universidade Federal do Pará, Belém, 2021
- MEDEIROS, Bruna Araújo Alves de. As Decisões Monocráticas do STF como práticas do Constitucionalismo Abusivo. 2022. 30 p. Artigo Científico (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/16539/1/21904213.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2024.
- MOLEIRO, Alonso. Supremo da Venezuela exclui o parlamento, de maioria opositora, do processo eleitoral. El País, Caracas, 06 jun. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-06-06/supremo-da-venezuela-exclui-o-parlamento-de-maioria-oposicionista-do-processo-eleitoral.html>> Acesso em: 10 mai. 2024.

- MONT'ALVERNE, Martonio.; LEITÃO, Rômulo.; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. O constitucionalismo abusivo do STF. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, vol. 28, n. 2, p. 206-228, mai. 2024.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. 1748.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Instituições de direito público e privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. *O constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira: um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023.
- PAULO, Vicente.; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 11 ed. São Paulo: MÉTODO, 2013.
- PEREIRA, José Matias. Impactos da judicialização da política e ativismo judicial no Brasil. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 29286-29316, mar. 2021.
- PETER, Christine de Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, número especial, p. 62-87, 2015.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, Marcos Maurício Costa da., FIGUEIREDO, David Oliveira Campos. Análise da constitucionalidade o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e mandado de injunção 4733: criminalização da homofobia e transfobia. *Revista Ibero - Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, São Paulo, vol. 9, n. 5, mai. 2023.
- SIMÕES, Edson. *Constitucionalismo e constituição de 1988: vol. 1*. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2022.
- STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo autoritário*. *Cornell Law Review*, vol. 100, n. 3, p. 391-462, jan. 2015.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008.