

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA FACULDADE DE DIREITO
PROFESSOR JACY DE ASSIS**

THALES LEONARDO LAUREANO TEIXEIRA

**ASPECTOS GERAIS DE UMA CRÍTICA À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL (2016-2022)**

UBERLÂNDIA - MG

2023

THALES LEONARDO LAUREANO TEIXEIRA

**ASPECTOS GERAIS DE UMA CRÍTICA À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL (2016-2022)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”.

Docente-orientador: Prof. Dr Luiz César Machado de Macedo

UBERLÂNDIA

2023

“Basta uma única geração abrir mão de sua liberdade, e nós a perderemos para sempre”

George Washington

RESUMO

O presente artigo analisará a escalada autoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, bem como as teorias que são utilizadas para justificar os abusos que vêm sendo recorrentemente cometidos. Será demonstrado o modelo de governo brasileiro, uma República Federativa constituída em Estado Democrático de Direito, que preza pela divisão de poderes, democracia representativa e soberania popular, ou seja, não admite o destaque de qualquer um dos três poderes, não havendo espaço para um poder moderador. Será demonstrado o papel das Cortes Constitucionais, que apesar de possuírem função basilar na Democracia devido à sua atribuição de intérprete, se submetem ao texto constitucional, não estando acima dele. O objetivo é analisar ações que demonstram os desvios cometidos pelo STF e examinar decisões contraditórias, que deixam evidente que são justificadas pela conveniência da corte e não por fatos e fundamentos jurídicos. Isso nos leva à conclusão de que é essencial limitar a atuação do STF, visto que qualquer autoritarismo representa um risco à liberdade, não se podendo aceitar medidas antidemocráticas em nome da proteção da democracia. Entretanto, como será demonstrado, essa limitação deve ser estabelecida de maneira legal e legítima, por meio de reformas no sistema de freios e contrapesos brasileiro, delimitando assim a área de atuação do STF e facilitando a responsabilização por abusos cometidos.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal; Autoritarismo; República; Estado Democrático de Direito; Sistema de Freios e Contrapesos.

ABSTRACT

This article will analyze the authoritarian escalation of the Supreme Federal Court (STF) in Brazil, as well as the theories used to justify the recurring abuses. It will demonstrate the Brazilian governmental model, a Federative Republic constituted as a Democratic State of Law, which values the separation of powers, representative democracy, and popular sovereignty, meaning that there is no room for one of the three powers to stand out, with no place for a moderating power. The role of the Constitutional Courts will also be shown, and despite having a fundamental function in democracy due to their interpretative attribution, they submit themselves to the constitutional text, not standing above it. The goal is to analyze actions that demonstrate deviations committed by the STF and to examine contradictory decisions, which make it evident that they are justified by the court's convenience and not by legal foundations. This leads us to the conclusion that it is essential to limit the STF's role, as any authoritarianism poses a risk to freedom, and measures that are antidemocratic cannot be accepted in the name of protecting democracy. However, as will be shown, this limitation must be established legally and legitimately, through reforms in the Brazilian system of checks and balances, thus delimiting the STF's area of action and facilitating accountability for abuses committed

Keywords: Supreme Federal Court; Authoritarianism; Republic; Democratic State of Law; System of Checks and Balances.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	7
2.1 O modelo de governo brasileiro	7
2.2 A separação dos poderes	8
2.3 Sistema de Freios e Contrapesos	9
2.4 A separação dos poderes na história brasileira	10
3. PAPEL DO SUPREMO E DAS CORTES CONSTITUCIONAIS.....	12
4. DISTORÇÕES PARA JUSTIFICAR O ABUSO.....	14
4.1 Judicialização da política	14
4.2 Neoconstitucionalismo.....	15
4.3 Teoria da Democracia Militante	18
4.4 Paternalismo	19
5. SUPREMO TRIBUNAL MODERADOR?.....	20
6. ANÁLISE DOS JULGADOS DO STF.....	22
6.1 Inquérito das Fake News.....	22
6.2 A criminalização da Liberdade de Expressão.....	24
7. COMO LIMITAR OS PODERES DO STF	27
8. CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil é fundamentada em princípios democráticos da soberania da vontade popular e da divisão de poderes, constitui-se em Estado Democrático de Direito o que significa a supremacia da Constituição. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) desempenha um papel crucial como a instância máxima do Poder Judiciário, incumbida de salvaguardar a Constituição. Contudo, ao longo das últimas décadas, tem surgido uma inquietante interrogação: até que ponto o STF, em sua crescente influência na vida política e na tomada de decisões que ultrapassam os limites jurídicos, tem contribuído ou prejudicado a solidez do sistema democrático brasileiro?

Esta discussão se insere em um contexto mais amplo de busca por equilíbrio entre os poderes do Estado e pelo fortalecimento da democracia. A separação de poderes, um dos princípios basilares da República, visa a evitar concentrações excessivas de autoridade que possam erodir a democracia e os direitos individuais. Evitar um poder centralizado é garantir nossa liberdade. É, portanto, fundamental questionar como o STF tem atuado no panorama político brasileiro, já que recorrentemente vem usurpando competências de outros poderes, ultrapassando os limites constitucionais, e baseado suas ações em teorias de juristas que são coniventes com uma verdadeira “aristocracia do saber”, por acreditarem que os juízes não só sabem o que é melhor para a população, mas também sabem quais os melhores valores e princípios da sociedade brasileira, e quais merecem ser priorizados.

Neste cenário, emerge a imperativa necessidade de se debater e, potencialmente, de se limitar os poderes do STF. O que é totalmente possível, mas através do devido rito constitucional, passando pelo Congresso Nacional, visto que: se não há espaço para abusos do Supremo, também não há espaço para extremismos e pensamentos antidemocráticos que solicitam uma intervenção forçada para o “fechamento do STF”.

Não se trata de menosprezar a importância do Judiciário, mas de assegurar que sua atuação esteja em consonância com os princípios democráticos e o respeito às prerrogativas dos demais Poderes, notadamente o Legislativo e o Executivo. Este artigo visa aprofundar essa discussão crítica, explorando as implicações do atual panorama e examinando possíveis caminhos para o restabelecimento do equilíbrio entre os poderes no contexto político brasileiro. Em última instância, almeja-se fortalecer a democracia e garantir que as instituições do país cumpram seus papéis na preservação dos direitos e liberdades dos cidadãos.

2. A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

2.1 O modelo de governo brasileiro

Nos termos do art. 1º da Constituição Federal, o Brasil é uma República Federativa e constitui-se em Estado Democrático de Direito. Mas o que significam tais denominações e o que de fato isso reflete na nossa sociedade? De maneira breve irei explicar.

De início, em relação República, o termo é originado da Roma Antiga. Por isso, seu significado vem do latim *res publica*, que significa, em tradução literal, “uma coisa pública”. O conceito de República está diretamente relacionado com Democracia, apesar de não serem a mesma coisa. República é um modelo de governo, onde o povo elege seus representantes. Democracia é a ideia de poder popular, não sendo algo palpável. A título de exemplo, o Reino Unido não é uma república pois formalmente seu modelo de governo é uma monarquia constitucional. Entretanto, é um país democrático já que na prática quem governa o país é o Chefe de Estado, que é eleito indiretamente pela população.

Logo, o regime republicano é caracterizado pela participação do povo nas decisões políticas do governo, é o que preconiza J. J. Gomes Canotilho (2006)¹:

“A República significa uma comunidade política, uma “unidade coletiva” de indivíduos que se autodetermina politicamente através da criação e manutenção de instituições políticas próprias assentes na decisão e participação dos cidadãos no governo dos mesmos (self-government)”

Sendo assim, se o Estado brasileiro é uma República significa dizer que os cidadãos participam das decisões políticas. Mas de que forma? Elegendo os seus representantes que compõe os poderes Legislativo e Executivo. Essa representação precisa ser renovada constantemente para ter a legitimação necessária da população, daí a ideia dos mandatos.

Nesse sentido, está previsto na constituição no parágrafo único do artigo 1º da Constituição: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. Dessa forma, a Constituição reforça ainda mais a ideia de república, estabelecendo de onde advém a autoridade soberana que legitima a Constituição: do povo. Logo, toda e qualquer outra autoridade pode ser vista como uma derivação, em algum sentido, dessa autoridade originária. Note-se que a noção de soberania

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

popular tem um caráter eminentemente normativo: é um ideal, que vai servir como princípio orientador ou regulador de nossa prática política e, de esforço de construção institucional. Sua menção já no primeiro artigo da Constituição lembra-nos justamente disso: todo o resto do texto constitucional deve e em alguma medida poder ser visto em conexão com a promoção desse ideal, implicado pela noção de soberania popular

Para reforçar essa ideia, sabe lembrar que em 21 de abril de 1993, procedeu-se à um plebiscito onde toda a população foi consultada sobre a possibilidade de alteração de nossa forma de governo, ou seja, foram ouvidos os titulares do poder constituinte e eles fizeram uma opção: a República. Não reconhecer esta imodificabilidade é afirmar que o poder constituído reformador teria supremacia sobre o poder constituinte originário

2.2 A separação dos poderes

Platão na sua obra “A República”, como o precursor dessa teoria, quando mencionava a respeito da cidade ideal, comentou sobre a necessidade de distribuir funções entre membros da comunidade, afirmando que a divisão de competências no Estado é fundamental para que se alcance o bem comum. Entretanto, foi outro pensador que de fato idealizou a teoria como conhecemos hoje.

Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu (1689 – 1755) ou só Montesquieu, foi o responsável idealizar da Teoria da Separação dos Poderes, em seu livro “Do Espírito das Leis”. Como grande iluminista liberal que era, Montesquieu era crítico das tiranias e das formas de governo que restringiam o poder do Estado a um grupo seletivo de pessoas ou até mesmo, a uma só pessoa, como era o caso da França, seu país. Por causa disso, ele expande vertiginosamente o pensamento da separação dos poderes no seu livro trazendo uma perspectiva ainda mais detalhada de como os poderes deveriam se organizar.

“Esse modelo, aliás, tornou-se basilar na configuração do constitucionalismo” (DALLARI, 2011, p. 216-217). Nesse mesmo raciocínio, ressalta Souza Júnior (2002, p. 59)² que:

“Os poderes, para Montesquieu, deveriam estar separados funcionalmente, ou seja, cada função seria atribuída a cada órgão da forma mais especializada possível. E os poderes deveriam estar separados organicamente: os órgãos deveriam ter

² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

independência recíproca, equipotência, num radical pé de igualdade, a separação orgânica e separação funcional criariam um círculo de causação circular, de que resultaria uma ordem política com liberdade e concórdia.”

Para Montesquieu, a liberdade política só se encontra nos governos moderados, ou seja, onde não há acumulação de poderes numa mesma entidade e que existem equilíbrio ou balanceamento de poderes, nesse sentido criou o modelo de três poderes: O Legislativo responsável pela criação das leis; o Executivo, encarregado de fazer cumprir e aplicar as leis e Judiciário responsável por julgar, mas que, para Montesquieu, de certa maneira, seria nulo. Isso porque “o poder de julgar tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados” (MONTESQUIEU, 1996, p.169).

2.3 Sistema de Freios e Contrapesos

Havia claramente, em Montesquieu, o medo de se acumular numa só pessoa ou órgão as atribuições dos outros poderes. Montesquieu afirma que tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares. Levando assim ao colapso da democracia. Por isso, caso um poder se destaque dos demais, mesmo com a tripartição dos poderes, não haveria harmonia e a liberdade dos cidadãos estaria em risco.

Com o objetivo de combater tais influências em todos os ramos do direito, o sistema de freios e contrapesos visa combater a concentração de poderes, e preservar as liberdades individuais, garantindo o equilíbrio político e evitando o abuso de poder, onde reciprocamente se fiscalizam a fim de manter tal controle. Deveria haver uma atuação harmoniosa entre os poderes para que o Estado se mantivesse sadio e sem lideranças absolutistas. Com essa ideia, Montesquieu auxiliou na Revolução Francesa, que por consequência influenciou a Revolução Americana e tantas outras revoluções políticas e governamentais pelo mundo, nos últimos séculos.

A princípio não há dificuldade quanto a compreensão no sistema de separação de poderes e freios e contrapesos. De forma sucinta, é a ideia de que os poderes que regem o Estado não podem estar associados a uma só pessoa ou a um só grupo, de forma que se essa pessoa ou

grupo detiveram toda essa capacidade, todo esse poder, essas pessoas serão corrompidas pelo excesso de poder que possuirão, logo, não atuarão para o bem comum daquela sociedade e sim, apenas em favor próprio, por causa disso, os poderes, legislativo, executivo e judiciário, devem ser divididos harmoniosamente, de forma que mantenham o bom trabalho e consigam “frear” algum dos outros poderes, caso este exceda suas funções e tente adquirir mais poder do que deve ter para exercer suas funções.

Assim esclarece Machado (2011, p. 98):

“(…) no exercício de suas atribuições, cada função não está limitada ou estanque à sua competência exclusiva, exercendo, por vezes, as funções de outro Poder, qual seja, a competência concorrente. É que, como exemplo, à função judiciária compete, além da jurisdição, a administração de seu pessoal e seu orçamento. À função executiva compete, além de sua função governamental e administrativa, a função de julgar administrativamente. À função legislativa compete, além da função de julgar, em determinados casos. Verifica-se uma espécie de “entrelaçamento” de competências que, embora preserve a autonomia e a independência de cada função, ao mesmo tempo acaba por estabelecer uma interdependência entre as diferentes funções.”

Nota-se que o mencionado sistema se configura como técnica de controle recíproco, criando entre os poderes uma certa interdependência que beneficia o Estado, visto que tais interferências buscam extrair os melhores resultados possíveis das funções que caracterizam cada poder.

2.4 A separação dos poderes na história brasileira

O Brasil é um dos países que adota esse sistema de separação dos poderes, instaurado constitucionalmente em todas suas 7 Constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, com a diferença de que a primeira Constituição Brasileira, do Brasil Império, de 1824, trazia uma adição: o poder Moderador, que era exercido pelo Imperador Dom Pedro I. Além da capacidade de observar e corrigir os outros poderes, o poder Moderador era exercido por uma única pessoa e logo é possível notar que o poder pendia sempre para esse lado do sistema de freios e contrapesos. Essa foi a Constituição mais longeva, durando 65 anos.

Com o passar dos anos e das constituições, essa ideia da separação dos poderes se manteve, sem alterações necessariamente significativas nas Constituições que seguiram, até que em 1937, outorgada por Getúlio Vargas, a nova Constituição Brasileira suprimiu a ordem de separação dos poderes, incumbindo todo o poder Executivo na autoridade do presidente e excluindo todo o poder Legislativo, de forma que não existiam mais as Câmaras de Vereadores

ou de Deputados Estaduais, centralizando o regime político na figura de Vargas.

Com a queda de Getúlio Vargas e a chama da democracia sendo acesa novamente, em 1946 a nova Constituição era outorgada. As capacidades do Poder Executivo foram reduzidas e foi estabelecida novamente a harmonia entre os poderes. O artigo 36 da respectiva Constituição Federal diz que: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.”, logo em seguida a Constituição segue falando mais algumas características do sistema de freios e contrapesos, como por exemplo: “§ 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.”

Entretanto, de 1964 a 1969, a política brasileira se tornou um grande caos desastroso. Os militares que chegaram ao poder, procuraram centralizar esse poder de maneira cada vez mais rápida e violenta.

Em 1967 o Congresso Nacional aprovou uma nova Constituição, gestada sem mais ampla liberdade de deliberação. A Constituição era marcada pela tônica da preocupação com a segurança nacional, conceito de reconhecida vagueza, mas que tinha por eixo básico a manutenção da ordem, sobretudo onde fosse vista a atuação de grupos comunistas.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 é a constituição mais recente e dispõe da seguinte separação de poderes tendo sua base constitucional prevista no artigo 2, onde repete: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”.

Diante da breve exposição sobre a história brasileira em relação a repartição entre os poderes, o questionamento: porque mesmo com a previsão constitucional da teoria de Montesquieu, com adoção da separação dos poderes e os freios e contrapesos, frequentemente a democracia foi rompida na história do país?

A resposta para isso talvez esteja contida na obra do próprio Montesquieu, já que para ele o princípio da democracia é algo muitas vezes esquecido: a virtude cívica. Para ele, uma democracia se sustenta somente se seus cidadãos possuem virtude cívica e não são corruptos. “Se, porém, prevalecerem a ambição e a avareza, em uma única palavra: o egoísmo, o cidadão

que antes era livre com as leis, agora quer ser livre contra elas” (1973)³. Logo, em uma sociedade corrupta ou despreziosa com a política, seria impossível conter os avanços do autoritarismo.

3. PAPEL DO SUPREMO E DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

No Brasil, com a Constituição de 1988, adotou-se além da República o modelo de Estado Democrático de Direito, um dos fundamentos desse modelo de estado é que ele mantém em seu cerne a questão social, visando promover a igualdade material entre os cidadãos. Nesse sentido, para dar efetividade aos direitos pretendidos, se reconhece a normatividade dos princípios constitucionais atribuindo imperatividade. Logo, em seu texto reluz diversos enunciados jurídicos abertos, cheios de princípios e conceitos abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, onde expressamente se impõe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição.

É notório que as democracias ao redor do mundo, adotaram as Cortes Constitucionais ao seu modelo político, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Assim, com a finalidade o cumprimento das promessas da modernidade instruídas nas constituições promulgadas no pós-guerra, se constrói a ideia da supremacia da constituição.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal é de fato instituição basilar das repúblicas modernas, indispensável ao regular exercício de um Estado Democrático de Direito. Entretanto, apesar de intérprete e guardião da constituição, o STF também se submete as normas impostas pelo próprio texto constitucional, ou seja, por mais que detenham a competência de intérprete, não estão acima da Constituição, seu poder é derivado e não originário. Logo, possui limites e deve respeito aos outros poderes. É supremo somente em relação ao judiciário e não em relação as Poderes Executivo e Legislativo. Portanto, o supremo pode muito, mas não pode tudo.

A Corte Constitucional brasileira exerce seu papel através de vários mecanismos de revisão judicial e de um amplo rol de quem tem legitimidade para utilizá-los. Alguns desses instrumentos são a ação direta de inconstitucionalidade (ADI); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO); e a ação de descumprimento de preceito

³ MONTESQUIEU, Charles Louis de. Do Espírito das Leis, in Coleção Os Pensadores, São Paulo, Abril Cultural, 1973.

fundamental (ADPF). Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 3/1993 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Qualquer questão de natureza penal, por exemplo, pode ser levada à Corte através de reclamação constitucional; mandado de segurança; recurso extraordinário; habeas corpus; ou através dos instrumentos mencionados anteriormente.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade é tema polêmico. Esse controle visa garantir que todas as normas infraconstitucionais estejam de acordo com os princípios e determinações da Constituição. Logo, cabe ao juiz da Suprema corte fazer essa análise, esse ato é totalmente legítimo e legal, o problema reside no abuso proveniente da extensão interpretativa. O termo em latim *in claris cessat interpretativo*, ou seja, a lei clara cessa a interpretação, demonstra que nem tudo precisa de controle, nos casos de uma Suprema Corte a limitação reside na própria constituição que dispõe de normas expressas e taxativas. Por exemplo, a previsão da idade mínima de 35 anos como condição de exigibilidade para ser presidente da república, a lei é clara ao delimitar a idade, não especifica exceções, logo não há o que se interpretar.

A teoria de jurisdição constitucional procedimental proposta pelo jurista americano John Hart Ely, elucida muito bem o tema. Sua teoria propõe que o controle de constitucionalidade se encontra polarizada entre o interpretacionismo e o não-interpretacionismo, consistindo o primeiro na postura que afirma que os juízes decidem as questões constitucionais limitando-se a cumprir normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição positiva, decidindo de forma arbitrária somente naquilo que o texto constitucional autoriza, enquanto o segundo, ao contrário, considera que os juízes devem ir além desse conjunto de referências, deduzindo normas não claramente consignadas no texto escrito, e até mesmo contrapondo normas expressas com base nos princípios. A problemática é: uma norma constitucional pode ser inconstitucional? Acredito que não, ainda mais, tendo em vista que o poder interpretativo do Supremo é limitado, não cabendo a ele invalidar normas constitucionais, ou estender normas constitucionais taxativas. Então, como o direito poderia evoluir dado as transformações históricas? Através do único poder legítimo para isso: o Legislativo.

Aliás, uma das grandes questões sobre o controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário é exatamente isso, a falta de legitimidade, no caso legitimidade do povo, que está ligada à representatividade e à democracia. O Poder Legislativo tem legitimidade democrática, e mais, sua legitimidade é controlada através de eleições. Não estando o Poder Legislativo cumprindo as aspirações populares, podem os eleitores lhes retirar a legitimidade.

O mesmo não ocorre com o Poder Judiciário. Nas palavras de Robert Alexy⁴:

“O ponto decisivo é que a independência dos juízes de um tribunal constitucional exige que o povo não tenha a possibilidade de controle, votando para retirá-los do cargo ou por qualquer meio negando-lhes a reeleição”

Fica evidente que até mesmo Alexy admite a falta de legitimidade dos Tribunais Constitucionais. Dessa forma, Ministros do Supremo Tribunal Federal por terem cargos vitalícios e nomeados pelo Presidente da República, podem estar atuando contra os anseios populacionais, o que iria contra os valores da república, tudo isso justificado através de teorias, que tem como referencial teórico, principalmente as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Dworkin criou a base filosófica que elevou os princípios à categoria de principal parâmetro interpretativo, fornecendo, assim, uma justificativa doutrinária para a concentração de poder nas mãos dos juízes. Essas teorias, que levam ao protagonismo do Judiciário, são na verdade distorções, como melhor será exposto adiante, pois atentam contra a harmonia dos 3 poderes e foge do que o poder constituinte pretendia ao criar a figura do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

4. DISTORÇÕES PARA JUSTIFICAR O ABUSO

4.1 Judicialização da política

A judicialização da política surge em um contexto de maior inserção do Poder Judiciário no campo político, ou seja, na ampliação da importância e da efetiva participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. Tal fenômeno, acabou gerando consequências visíveis na democracia brasileira.

No sentido constitucional, a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais com a pretensão de “superar” o modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política.

A origem do termo ativismo judicial é frequentemente atribuída ao historiador americano Arthur Schlesinger Jr, em seu artigo da revista Fortune de janeiro de 1947 intitulado "A Suprema Corte: 1947. A publicação gerou ampla discussão, principalmente no âmbito da

⁴ Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na data de 30 de outubro de 2012

justiça constitucional, porém, não houve consenso sobre o significado do termo, havendo múltiplos significados em torno de seu conceito. Vanice Regina Lírio do Valle (2009)⁵ especifica cinco conceitos principais do ativismo judicial:

“a) Prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanada em outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.”

As concepções trazidas por Valle demonstram os malefícios do ativismo judicial, já que como demonstrado, o ativismo judicial é uma ameaça ao princípio da separação dos poderes. Já que o Poder Judiciário ao não seguir o que a norma positivada estabeleceu, invalida as escolhas políticas dos outros poderes. Além disso, tal atuação extrapola os limites de atuação dados ao juiz, lembrando o caráter inerte do judiciário e sua necessidade de julgar observando o que diz a lei.

A judicialização da política surge em um contexto de maior inserção do Poder Judiciário no campo político, ou seja, na ampliação da importância e da efetiva participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. Tal fenômeno, acabou gerando consequências visíveis na democracia brasileira.

4.2 Neoconstitucionalismo

A partir do século XXI, surge um novo entendimento acerca do constitucionalismo, conhecido como neoconstitucionalismo. Enquanto no constitucionalismo moderno o objetivo era a simples limitação do poder, o neoconstitucionalismo surge com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais, buscando a eficácia da Constituição Federal. Tal modelo é o do protagonismo dos tribunais e a politização do Judiciário. Além disso, nesse modelo predominam os princípios constitucionais em detrimento da legislação positivada.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo legitimou amplas restrições ao poder dos legisladores em nome da suposta proteção das minorias e dos direitos fundamentais ao aceitar os princípios como força normativa do Texto Constitucional. A Corte Constitucional brasileira é um exemplo de Corte pautada por princípios. Sobre a prevalência de princípios sobre as

⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.) *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

regras, Ricardo Peake Braga (2021)⁶ diz o seguinte:

A partir de meados do século XX, avançou uma corrente doutrinária denominada neoconstitucionalismo, cujo ideário é difuso, mas evidentemente focado na prevalência dos princípios sobre as regras. [...] Essa corrente radicaliza a ideia de supremacia da Constituição, o que resulta na chamada constitucionalização do Direito e esvazia o campo de discricionariedade e decisão dos Poderes legislativos e executivo. [...] O advento de textos constitucionais extensos, analíticos e povoados por inúmeros princípios, de maior ou menor densidade normativa, resultou numa “panconstitucionalização da vida da comunidade”

Dessa forma, passadas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição de 1988 e considerando as particularidades do sistema jurídico brasileiro, torna-se necessário admitir que as características desse neoconstitucionalismo têm gerado condições patológicas que, no cenário atual, contribuem para a corrupção do próprio texto da Constituição

O problema reside no fato de que, tanto nas práticas judiciais quanto na doutrina jurídica do Brasil, as "colisões de princípios" são frequentemente resolvidas por meio de ponderações diretas, confrontando um princípio com outro. Isso faz com que o neoconstitucionalismo assemelhe-se mais a abordagens jurídicas antigas, como a Jurisprudência dos Interesses ou a jurisprudência dos valores. Como resultado, isso abre espaço para o ativismo judicial, em que os juízes interpretam a Constituição de forma ampla, ultrapassando os limites estabelecidos pelo texto constitucional.

Nesse sentido, a teoria da argumentação, de onde surgiu a ponderação, não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade, circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy⁷ (2008, p. 611), verbis:

“Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário.”

Diante deste problema Lenio Streck⁸ questiona:

“(...) a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, quem escolhe os princípios a serem ponderados? E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação? Mais ainda: a subsunção – admitida para

⁶ BRAGA, Ricardo Peake. *Juristocracia e o Fim da Democracia: Como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder*. 1. ed. Londrina: E.D.A., 2021.

⁷ (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008)

⁸ Streck, Lenio Luiz. "Contra o Neoconstitucionalismo." *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun, p. 9-27.

os casos fáceis – tem lugar no plano de um paradigma filosófico que ultrapassou o esquema sujeito-objeto? E por que a regra de direito fundamental *adscripta* (resultado da ponderação) se transforma em uma subsunção de segundo grau ou uma “meta-subsunção”?”

Podemos observar que a discricionariedade é um problema inerente ao neoconstitucionalismo, uma vez que ao colocar os princípios que possuem uma abstração nata acima da norma positivada, ficamos reféns da ponderação de princípios, que na verdade se trata do juízo de valor que um juiz faz, isso gera problemas que faz parte do cotidiano brasileiro: insegurança jurídica e falta de uniformidade nas decisões.

Doravante, no Brasil acontece uma distorção ainda maior, essa ideia de restrições ao poder legislativo em nome de uma suposta proteção das minorias e dos direitos fundamentais para justificar ações de inconstitucionalidades não passa, na maioria das vezes, de uma desculpa para o arbítrio e aumento de poderes. Fabrício Castagna Lunardi (LUNARDI, 2020, p. 115,) diz o seguinte sobre a proteção de direitos fundamentais:

“[...] em pesquisa empírica realizada no Brasil, verificou-se que apenas 11% das decisões de procedência em sede de ações diretas de inconstitucionalidade mencionaram como fundamento a proteção de 9 direitos fundamentais. Além disso, constatou-se que 60% desses julgamentos “com base” em direitos fundamentais foram, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos. Tais dados demonstram empiricamente que a salvaguarda dos direitos fundamentais não tem sido exatamente o foco do controle concentrado de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional brasileira [...]. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro, não se pode idolatrar a revisão judicial realizada pelo STF como sendo o grande remédio para a proteção dos direitos fundamentais.”

Existe ainda um outro problema nessa ideia de restrição do poder legislativo para o império dos princípios, ao ponderar de forma arbitrária, existe o risco de distorções aos valores de uma república: a vontade do povo. Pois, pode legitimar as vontades de grupos minoritários em detrimento da vontade da maioria da população, atentando até mesmo contra os valores de uma sociedade.

Em um exemplo hipotético: um grupo minoritário que queira o direito de andar pelado na rua, com livre acesso a espaços públicos, inclusive escolas, sem que isso seja considerado atentado ao pudor ou qualquer outro crime. Provavelmente não conseguiriam a representação necessária para sua pauta avançar no legislativo, bastaria então acionar o poder judiciário e alegar que a criminalização de andar nu estaria violando seu direito de “autodeterminação pessoal” ou o seu direito constitucional de “ir e vir”.

4.3 Teoria da Democracia Militante

O grande expoente da teoria da democracia militante foi o constitucionalista alemão Karl Loewenstein que defendia a ideia de que o judiciário deveria ter uma atitude ativa em relação a defesa da democracia, contrariando o seu caráter inerte, na qual fosse possível até mesmo restringir a participação de grupos e agentes que considere autoritários na cena política, garantindo, assim, a sobrevivência do ordenamento constitucional. Dentre os vários instrumentos de autodefesa democrática apontados por Loewenstein, o mais famoso consiste na proibição de se criar partidos políticos de viés antidemocrático. Merece especial atenção o contexto em que essa teoria da democracia de militância foi desenvolvida, isto é, por um autor alemão que viveu na época da ascensão do regime nazista

As premissas da democracia militante, portanto, eram a de que o regime democrático deveria contar com mecanismos (ainda que antidemocráticos) para evitar que agentes políticos com ideais totalitários de poder, utilizassem instrumentos democráticos para chegar ao poder.⁹ Com base na teoria da democracia militante, partidos políticos com objetivos antidemocráticos deveriam ter o seu registro negado ou cassado, em nome da defesa do próprio regime democrático

Para Loewenstein, a democracia travava uma batalha mortal com o autoritarismo, que, por sua vez, aproveitavam-se da tolerância tipicamente democrática para subverter o sistema político pelo lado de dentro. Curioso esse ponto, pois dado o seu contexto histórico, Loewenstein podia observar esse autoritarismo apenas no Poder Executivo, não conseguindo prever que, após 80 anos da publicação do seu texto, esse mesmo autoritarismo que ele visava combater, seria desempenhado pelo Judiciário, com a ajuda de suas próprias ideias.

Prova disso, é que no contexto brasileiro, apesar de pouco difundida e estudada, sua tese já foi já mencionada abertamente pelos ministros do STF Gilmar Mendes e Edson Fachin para a instauração do inconstitucional “Inquérito das Fake News” que será melhor abordado adiante.

Acontece que a tese de Loewenstein, além de antidemocrática, é perigosa, pois abre precedente para arbitrariedades, atos como o banimento de partidos políticos podem servir de

⁹ https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133.pdf

artifício para retirar da corrida eleitoral competidores qualificados e absolutamente insuspeitos de propensões autoritárias.

Prova disso, é o que ocorreu em 1947, onde o Tribunal Superior Eleitoral, nos autos do Processo nº 411/412, cancelou o registro do Partido Comunista do Brasil. O relator Desembargador José Antônio Nogueira, acompanhado pelos Desembargadores Rocha Lagôa e Candito Lobo, afirmou em sua decisão que: “a democracia adotada na nossa constituição é uma democracia militante e vigilante”¹⁰.

Podemos observar que tal teoria que pode levar, como já ocorreu, a juízes atuarem contra ideologias políticas que eles simplesmente discordam, justificando suas decisões com princípios abstratos que visam supostamente defender direitos fundamentais. Aqui, a crítica em muito se assemelha, tomadas as devidas proporções, àquela desferida contra o controle de constitucionalidade das leis pelas cortes: “os elitistas tendem a achar que as pessoas não se importam suficientemente com direitos fundamentais para protegê-los por meio da política”¹¹.

4.4 Paternalismo

Todas essas teorias acima descritas, tem algo comum, ao pretenderem transferirem o poder discricionário do legislativo de legislar para o judiciário, na verdade retiram o poder das mãos do povo, já que o poder judiciário não é legitimado pelo voto. Os pensadores que defendem a atuação política dos juízes, na verdade acreditam que as cortes são, ou se propõe a ser, verdadeiras “aristocracias do saber” que segundo Zagrebelsky (2007, p.1146)¹² “*são compelidas a atuar para conter a tendência da democracia em degenerar-se em demagogia*”.

Isso, além de uma afronta aos valores republicanos, já que sua natureza é o poder popular, leva todas essas teorias ao encontro de um famoso termo: o Paternalismo. Na definição de Gerald Dworkin¹³, o paternalismo é “*a interferência na liberdade de ação pessoal justificada*”.

¹⁰ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Processo nº 411/412, Rel. Sá Filho, Rel. p/ resolução Des. José Antônio Nogueira, Sessão de 07/05/1947, fl. 742

¹¹ 626 Cf., e.g., ACCETTI, Carlo Invernizzi; ZUCKERMAN, Ian. “What’s Wrong with Militant Democracy?”, op. cit., p. 193; GREENBERG, Udi. *The Weimar Century: German Émigrés and the Ideological Foundations of the Cold War*. Princeton: Princeton University Press, 2014, pp. 169-210; e MALKOPOULOU, Anthoula; NORMAN, Ludwig. “Three Models of Democratic Self-Defense”, op. cit., pp. 94-95

¹² “Las Cortes se há dicho con ironía, podrían aspirar a ser súper-legisladores simplemente porque “son su-per” (están por encima).” Cf. ZAGREBELSKY, Gus-tavo. *Juices constitucionales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXXIX, nº 117, setembro-dezembro de 2006, p. 1146.

¹³ DWORKIN, Gerald. “Paternalism”. *The Monist*, vol. 56, nº 01, 1972, p. 65 (tradução livre).

por razões ligadas exclusivamente ao bem-estar, ao bem, à felicidade, às necessidades, aos interesses e aos valores do indivíduo cuja liberdade é restringida”.

Dessa forma, o paternalismo se fundamenta na presunção de que o Estado, agora composto por membro que nem se quer representam a vontade da população, sabe melhor do que os cidadãos o que é bom para eles mesmos, como um pai benevolente que zela pelo conforto e pela segurança dos seus filhos. A própria etimologia do termo denota esse sentido de tutela parental por parte do Poder Público, o que, para muitos, pode soar absurdo.

O filósofo norte-americano Joel Feinberg bem resumiu a principal crítica ao paternalismo: “se adultos são tratados como crianças, eles acabarão, com o tempo, tornando-se crianças”. (FEINBERG, 1971, p. 105)¹⁴ Em outras palavras, teme-se que a adoção de medidas paternalistas, ao privar os cidadãos do seu direito de escolha, retire deles o poder de fazer julgamentos e de tomar decisões racionais, tornando os cidadãos cada vez mais alienados e sem interesse pelo debate político.

5. SUPREMO TRIBUNAL MODERADOR?

Henri-Benjamin Constant de Rebecque (1767-1830), foi o idealizador da ideia de Poder Moderador, como uma solução teórica para os problemas da radicalização política após a revolução francesa. Sua teoria propõe a constituição de um novo poder que seria como um árbitro, mediador das tensões dos outros poderes, tendo, portanto, a “palavra final”. A única Constituição que faz menção a esse poder, é a Constituição Imperial de 1824. Percebeu-se, dessa forma, que o Poder Moderador no Império foi concebido como um “poder absolutista”, conferindo amplos poderes a Dom Pedro I.

A nossa constituição, bem como todas as outras desde a Constituição Imperial, não admite essa ideia de poder moderador. Entretanto, nossos Ministros do STF, talvez devido aos seus constantes aumentos de poderes, chegaram ao ponto de se considerarem o próprio poder moderador no Brasil, quase de caráter absolutista como ocorria no império, prova disso é que em 16 de novembro de 2021, na palestra do 9º Fórum Jurídico de Lisboa, em Portugal, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Tofolli, por mais surpreendente que seja,

¹⁴ FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism”. Canadian Journal of Philosophy, vol. 01, nº 01, 1971, p. 105 (tradução livre).

afirmou¹⁵: “Nós já temos um semipresidencialismo com um controle de poder moderador que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Basta verificar todo esse período da pandemia”

Além de esdruxula e inaceitável tal afirmação, acontece, que o próprio STF já reconheceu a inexistência do poder moderador e sua incompatibilidade com nossa carta magna. Destaca-se, nesse sentido, as decisões tomadas no âmbito do julgamento do Mandado de Injunção nº 7.311/DF¹⁶, de junho de 2020, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.457/DF¹⁷, relatada pelo Ministro Luiz Fux e também julgada em 2020.

No Mandado de Injunção, o Ministro Barroso negou seguimento sustentando não haver dúvida quanto ao alcance do art. 142, ou omissão sobre papel das Forças Armadas na CF. Destaca-se trecho:

“O Poder Moderador foi previsto exclusivamente pela Constituição do Império de 1824 e atribuído ao monarca, colocando-o acima de todos os demais Poderes. Sua marca era a hegemonia, com resquícios absolutistas. A partir da primeira Constituição Republicana de 1891, abandonou-se tal concepção de mediação de conflitos e aderiu-se ao sistema de freios e contrapesos entre Poderes para esse propósito. Finalmente, com a Constituição de 1988, o Brasil fez sua transição para um Estado Democrático de Direito. Nessa medida, submeteu o poder militar ao poder civil, e todos os Poderes à Constituição” (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 7.311/DF. Relator: Luís Roberto Barroso. Decisão proferida em 10 de junho de 2020).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.457/DF, o Ministro Luiz Fux deferiu parcialmente a medida liminar requerida, para conferir interpretação conforme aos artigos 1º, caput, e 15, caput e §§1º, 2º e 3º, da Lei Complementar 97/1999. Ele afirmou que não há espaço, dentro das missões de defesa da Pátria, de garanti da lei e da ordem e de garantia dos poderes constitucionais, para que um Poder Moderador atue entre os Poderes da República. Disse que

¹⁵ <https://exame.com/colunistas/money-report-aluizio-falcao-filho/toffoli-acha-que-o-stf-e-um-poder-moderador-e-isso-mesmo/>

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº7.311/DF. Impetrante: Jean Carlos Nunes Oliveira. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-142-forcas-armadas-barroso.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.457/DF. Requerente: Partido Democrata Trabalhista. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em <https://www.jota.info/wpcontent/uploads/2020/06/adi6457.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

a prerrogativa do Presidente da República de determinar o emprego das Forças Armadas não pode ser exercida contra os Poderes da República.

É evidente, assim, que as finalidades e os valores considerados pelos constituintes no momento da produção do texto da Constituição, refletidos no sistema de freios e contrapesos adotado, não permitem ao Exército, ao Presidente, e muito menos ao Supremo Tribunal Federal figurar como Poder Moderador.

A Constituição Federal de 1988 consolidou uma moderna engrenagem de freios e contrapesos entre os Poderes, engrenagem adotada desde a Constituição de 1891. Uma das principais características dessa engrenagem é a independência e autonomia dos Poderes. Essa estrutura de freios e contrapesos busca evitar o abuso de poder e garantir o equilíbrio entre os Poderes, permitindo que atuem de forma complementar, não havendo hierarquia entre eles.

Cabe ressaltar que o Supremo, apesar do seu papel de intérprete da Constituição, não outorga a ele poderes que não estejam previstos no texto constitucional, nem mesmo em momentos de crise, o constituinte tratou de definir os limites rígidos de atuação dos poderes estatais, seja em períodos de normalidade, seja em períodos extraordinários.

6. ANÁLISE DOS JULGADOS DO STF

Os abusos que o Supremo Tribunal Federal vem acometendo são tantos e de naturezas tão diversas que se poderia escrever um livro somente com isso. Abusos que vão desde censura, prisões ilegais, blindagem de ministros denunciados, até a interferência direta na competência de outros poderes. No executivo com a anulação de suas atribuições como decretos presidenciais e nomeações. E no legislativo ao legislar em temas de caráter político como a descriminalização do aborto e criminalização da homofobia.

Entretanto, para não estender em demasio, irei mencionar apenas dois flagrantes abusos nos tópicos que se seguem, para elucidar como o poder judiciário, em especial os ministros da nossa Corte Constitucional, vem agindo de forma autoritária e contraria aos valores democráticos e republicanos que nossa Constituição estabelece.

6.1 Inquérito das Fake News

Talvez o maior símbolo da arbitrariedade e abuso do STF nos últimos tempos, foi o Inquérito no 4.781, conhecido como Inquérito das Fake News, aberto de ofício pelo presidente do STF, ministro Dias Toffoli, em 14/3/2019, por meio da Portaria n° 69/2019, e distribuído diretamente, sem sorteio ao ministro Alexandre de Moraes, com o intuito de apurar a divulgação de notícias falsas e ataques à honra e à segurança do STF, de seus membros e familiares. O “fundamento legal” para a abertura de ofício desse inquérito foi o art. 43 do Regimento Interno do STF, que tem a seguinte redação:

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

§ 1o Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2o O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal (BRASIL, 2020g, p. 44)¹⁸.

O referido Regimento Interno restringe a possibilidade de abertura de inquérito para infração na sede ou dependência do Tribunal, entretanto, o Supremo estendeu a interpretação de forma totalmente descabida ao considerar que “a ideia de sede ou dependência no mundo contemporâneo lá não significa mais dentro de um espaço físico”¹⁹, isso significa que qualquer ofensa ou crítica virtual que os juízes discricionariamente considerem como um “ataque” justificaria o enquadramento no inquérito.

Cabe ressaltar ainda que o Regimento Interno do STF possui regime jurídico-administrativo. Logo, diz respeito ao serviço interno e as funções administrativas para funcionamento do próprio tribunal. Isso significa que os regimentos internos não possuem força de lei e não podem contrariar o código de processo penal por exemplo, já que na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais não se equipara à lei. Logo em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera.

O inquérito foi alvo de críticas tanto por parte da opinião pública quanto por parte de juristas. Nesse sentido, o Ministério Público inicialmente manifestou-se pelo não cabimento do inquérito, por ofensa aos princípios da separação dos Poderes e do juiz natural (PGR..., 2019).

¹⁸ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

¹⁹ MORAES, Alexandre. Liberdade de expressão e limites. AP 1.044, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 20-4-2022, P, DJE de 23-6-2022.

Em uma sequência de postagens na rede social Twitter, a professora de Processo Penal e procuradora da República Thaméa Danelon fez uma lista das arbitrariedades praticadas no âmbito do inquérito 4.781

Respeito o STF, mas o Inquérito das “Fakes News” é completamente ilegal e inconstitucional, pois: 41 1) viola o Sistema Acusatório (juiz não pode investigar, apenas o MP e a Polícia); 2) ofende o Princípio da Livre Distribuição (o juiz que, no futuro, julgará o caso, não pode ser escolhido, deve haver um livre sorteio entre os juízes); 3) não investiga fatos objetivos e específicos, “Fake News” não é um crime tipificado no Código Penal; e ameaça ao STF e familiares é extremamente vago; 4) os supostos crimes não ocorreram nas dependências do STF, assim não há competência (processual) da Suprema Corte; 5) deve-se lembrar que a ex PGR Raquel Dogde, no ano passado, ARQUIVOU referido Inquérito, contudo, não foi acolhido pelo STF. 6) No ano passado uma revista foi censurada pelo inquérito das “Fakes News” e diversas pessoas sofreram busca e apreensão, na minha opinião, indevidas, sendo violada a Liberdade de Expressão. 7) investigados não conseguiram ter acesso ao Inquérito em questão, em afronta à própria Súmula Vinculante 14 do STF, que autoriza ao advogado do investigado vista dos autos. (DANELON, 2020, online)²⁰

Esse inquérito, contraria diversos princípios e normas jurídicas positivadas, uma vez que os membros do Supremo ao julgarem tais atos estavam figurando como: vítima, acusador, investigador e julgador. Para o Desembargador Federal William Douglas²¹, do TRF-2 no Brasil foi inventado um sistema jurídico pior que o medieval “Isso é pré-medieval e poucos juízes nesse país tiveram a coragem de dizer ‘isso está errado’”

6.2 A criminalização da Liberdade de Expressão

No dia 06 de novembro de 2022, Marcos Cintra, um economista, professor da FGV, e ex-deputado federal foi incluído no inquérito das milícias digitais, após publicar na rede social Twitter questionamentos sobre as urnas eletrônicas e críticas a atuação do TSE.

Na mensagem, foi questionado por ele, o motivo de o ex-presidente Jair Bolsonaro não ter recebido nenhum voto em determinadas seções durante o segundo turno, vejamos um dos trechos da publicação²²:

²⁰ DANELON, Thaméa. Twitter, 27 mai. 2020. Disponível em:

<https://twitter.com/thameadanelon/status/1265637432978014215>. Acesso em: 19 de out. 2023.

²¹ Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/desembargador-diz-que-inquerito-do-stf-e-pre-medieval>. Acesso em 29 de outubro de 2023

²² Disponível em: <https://www.poder360.com.br/eleicoes/twitter-censura-marcos-cintra-por-fazer-perguntas-sobre-urnas/>. Acesso em 29 de outubro de 2023



Prof. Marcos Cintra  @MarcosCintra · 1 h

E as urnas TSE?

Tenho razões para não concordar com Bolsonaro... falta de preparo e de cultura, baixa capacidade de liderança, e comportamento inadequado para presidir um país como o Brasil.

Mas as dúvidas que ele levanta sobre as urnas merecem respostas.

1/7

 1.462

 3.936

 15,9 mil



Prof. Marcos Cintra  @MarcosCintra · 1 h

Acredito na legitimidade das instituições.

Não admito que o TSE seja cúmplice, no caso de descobrirem algum bug no sistema.

Mas sim, se tornará cúmplice se não se debruçar sobre esses fatos e esclarecer tudo.

4/7

 44

 685

 5.054



Como podemos observar que Cintra não endossou afirmações sobre fraudes, mas apenas perguntou se tudo seria checado pelo TSE. Entretanto para o Ministro Alexandre de Moraes²³ Cintra teria utilizado as redes sociais para “atacar as instituições democráticas, especialmente o TSE”. Segundo ele, isso “pode configurar, em análise preliminar, crimes eleitorais”. Além disso, foi determinado pelo ministro Alexandre que Cintra prestasse depoimento à Polícia Federal, proibindo inclusive que o economista publicasse em suas redes sobre esse assunto, sendo passível de pena de multa no valor de R\$ 20 mil por dia.

²¹ INQUÉRITO 4.874 DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES, Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/663decisao_monocratica.pdf . Acesso em 29 de outubro de 2023

Em matéria vinculada no jornal Gazeta do Povo²⁴, diversos juristas se manifestaram contrariamente as recentes ações do tribunal, o advogado criminalista Márcio Engelberg classificou a ação do TSE sobre o comando de Alexandre de Moraes como:

“A decisão do TSE de criminalizar a livre manifestação do cidadão, principalmente em relação ao pleito eleitoral, é perigosa ao Estado Democrático de Direito, visto que o direito a manifestação é um dos pilares da democracia inseridos no capítulo das garantias fundamentais de nossa Carta Cidadã.”

O jurista Fabrício Rebelo, responsável pelo Centro de Pesquisa em Direito e Segurança (CEPEDES), também afirmou em comentário que o TSE está agindo de forma contrária a Constituição em suas determinações, falhando justamente em garantir à livre manifestação do pensamento e a inviolabilidade dos parlamentares, visto que a constituição proíbe a censura seja ela de quem for. Rebelo explica²⁵:

“Bloquear perfis em redes sociais é contrário a todas essas garantias, sobretudo porque, em caso de violações apuradas, com observância ao devido processo legal, entendo que no máximo se poderia determinar a remoção dos conteúdos vistos como ilícitos, mas nunca silenciar as pessoas.”

Cabe ressaltar que o próprio STF já reconheceu a amplitude da liberdade de expressão, inclusive na liberdade de questionar leis e dispositivos constitucionais. Nessa questão temos a decisão do STF, na ADI 4274²⁶, responsável por garantir o pleno direito de legalidade de eventos que fazem críticas e questionam leis vigentes, como a marcha da maconha, sendo argumentado pelo tribunal que impedir esse tipo de manifestação seria uma afronta à livre expressão do pensamento. Se esse tipo de manifestação pode ocorrer livremente, pedir esclarecimentos sobre o funcionamento das urnas eletrônicas após uma eleição, não deveria ser passível de sanções ou mesmo ser considerado um crime.

A partir das contradições expostas das decisões dos ministros do Supremo que contrariam o que eles mesmos anteriormente haviam dito, fica o questionamento, seria esse a verdadeira face da democracia defensiva no Brasil? Mudar de opinião e de interpretação conforme a sua conveniência? Qual a dificuldade em se manter uma linha minimamente

²⁴ CURVELLO, A.C.C. Juristas questionam decisões de Moraes após as eleições. Gazeta do Povo, Curitiba, 8 nov. 2022. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/juristas-questionam-aconstitucionalidade-de-decisoes-de-moraes-apos-as-eleicoes/>.

²⁵ Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/juristas-questionam-aconstitucionalidade-de-decisoes-de-moraes-apos-as-eleicoes/>. Acesso em 29 de outubro de 2023.

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4274. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>

coerente nos julgados, manter uma linha de raciocínio, utilizando de premissas lógicas já previamente construídas.

Sobre a Liberdade, John Stuart Mill²⁷(2017) sustentou que: *“proteger esse direito é uma forma de se garantir que, por meio do debate amplo e sem barreiras, chegue-se à melhor solução possível para determinado tema”*.

Logo, é graças as discussões de maneira livre e sem limitações, que os indivíduos se deparam com diferentes opiniões e pontos de vistas, levando a uma compreensão própria das dimensões do discurso, o que leva a opiniões mais críticas.

Sob perspectiva semelhante, não é possível alcançar respostas melhores para os problemas da comunidade democrática se o próprio Poder Público não leva a sério o direito dos cidadãos de satisfazer as suas necessidades comunicativas pessoais e, nesse processo de autorrealização, rever antigos pontos de vista em favor do progresso. De igual modo, respostas antiquadas só darão lugar a novas alternativas se houver espaço para a circulação desimpedida de informações e para a crítica às decisões tomadas pelo governo.

Cabe ressaltar ainda que além de o Ministro Alexandre de Moraes evidentemente não estar atuando contra “Fake News” e sim criminalizando críticas. O próprio combate a “fake News” é algo problemático, principalmente por 3 motivos: primeiro porque a verdade é algo relativo, ainda mais levanto em conta questões políticas, já que aqui não se trata de matemática ou de nenhuma ciência exata, segundo que, salvo a calúnia, difamação e injúria, divulgar informações falsas não são um crime tipificado no Código Penal, e terceiro que se a verdade em questões políticas muitas vezes é algo relativo, quem define o que é verdade e o que é mentira? O Supremo Tribunal Federal? Então agora se inclui uma nova atribuição: guardiões da verdade absoluta.

7. COMO LIMITAR OS PODERES DO STF

Como informado, o poder judiciário tem um importante papel na tripartição dos poderes e o Supremo Tribunal Federal é instituição basilar do modelo político brasileiro, logo não há o que se falar, como os extremistas dizem, em “fechar o Supremo”. Todavia, dado a escalada de

²⁷ MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade e A Sujeição das Mulheres. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017.

abusos e autoritarismo da nossa Corte, se vê necessário e é totalmente constitucional limitar os seus poderes. Mas a quem compete isso, quem pode trazer o Supremo a Ordem Constitucional que a Constituição Impõe? Ora, o Senado Federal.

As regras constitucionais e legais em vigor colocam a tramitação dos pedidos de impeachment dos Ministros do STF por crimes de responsabilidade sob alçada do Senado Federal conforme estabelece o art. 52, II, da Constituição. A Lei nº 1.079/1950, estabelece os contornos legais e o rito processual para a eventual remoção estabelece em seu art. 39 cinco hipóteses de crimes de responsabilidade dos Ministros do STF: (i) modificação de decisão ou voto já proferido em sessão de julgamento do tribunal; (ii) participação em qualquer julgamento em que o Ministro seja considerado suspeito por lei; (iii) exercer atividade político-partidária; (iv) ser manifestamente imprudente no exercício do cargo; e (v) agir de forma incompatível com a honra, dignidade e decoro do cargo.

Logo podemos observar que o Senado é a casa responsável por investigar e julgar eventuais desvios do STF, aos olhos do sistema de freios e contrapesos é o Senado que deve liminar os poderes da Corte Constitucional brasileira. Prova da força da casa legislativa, foi em 2017, quando o Senado Federal recusou cumprir a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio que removia Renan Calheiros do cargo de presidente da casa legislativa, decisão esta que foi revista pelo próprio STF em poucos dias visto o perigo ao rompimento da normalidade constitucional.

Destarte, se cabe ao Senado fazer essa limitação, por que ele é conveniente com a escalada autoritária que o STF vem acometendo? Podemos dizer que se trata de um verdadeiro xeque mate político, uma falha no sistema de freios e contrapesos que merece reforma. Isso porque, se é o Senado quem faz o Impeachment de ministros do STF, é o STF que julga os crimes dos Senadores. Isso na prática, significa que se um Senador isoladamente solicitar o Impeachment de um ministro e se manifestar contra os abusos da corte, poderá ser perseguido por qualquer Ministro do STF que esteja diante de uma denúncia contra esse Senador. E, mesmo que muitos membros da casa forem favoráveis ao Impeachment tudo ainda sim, dependeria de uma pessoa: o Presidente do Senado, isso porque é ele que faz a análise se o processo deve prosseguir ou ser arquivado.

Não à toa, durante as vésperas da votação para eleição do novo presidente do Senado, boatos de um suposto lobby feito por Alexandre de Moraes para a eleição de Rodrigo Pacheco

Senado surgiram²⁸. O que faz bastante sentido já que seu rival para o Pleito, o Senador Rogério Marinho era abertamente contra o autoritarismo empregado pelo Ministro.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes caso fosse provado que de fato ligou para outros senadores pedindo voto poderia ser enquadrado no artigo 39, itens 3 e 5, da referida lei, respetivamente, por exercer atividade político-partidária e proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções. O que não irá ocorrer, já que o atual presidente do Senado é justamente quem ele ajudou a eleger: Rodrigo Pacheco.

Doravante, caso essa barreira e talvez a maior, de falta de interesse em agir do Senado fosse superado. É preciso pensar em mecanismos para limitar os poderes do STF. Tais mudanças deveriam ser incluídas através de Emendas Constitucionais, algumas PECs já foram propostas.

A PEC 275/2013 transforma o STF na Corte Constitucional. A competência do tribunal seria restrita a processos relativos à interpretação e aplicação da Constituição. As demais atribuições atuais do Supremo, como as de julgar ações penais de autoridades com foro privilegiado, Habeas Corpus, mandados de segurança e pedidos de extradição de estrangeiros, iriam para o Superior Tribunal de Justiça. Essa PEC também, retira do Poder Executivo a indicação para o STF, o que faz sentido, tendo em vista as recorrentes decisões com caráter político partidário.

Recentemente a PEC 8/2021, que limita decisões monocráticas e pedidos de vista nos tribunais superiores, foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado o que pode ser considerado um avanço. Entretanto acredito que não resolveria o problema já que apesar de divergências pontuais entre os Ministros, todos compactuam com o aumento dos seus poderes e não defendem limitações.

Acredito que o ideal seria tomar as medidas que se seguem: primeiro, acabar com o competência dos Ministros do STF de julgarem parlamentares, essa transferência de juízo, desvincularia os parlamentares que hoje são reféns do STF; segundo, alterar o quórum de Impeachment dos ministros para maioria simples, além de autorizar a Câmara a abrir esse processo, para assim facilitar a responsabilização por eventuais desvios; terceiro, alterar a forma de nomeação, acredito que deveria ser feito pelo próprio poder judiciário em votação que

²⁸ <https://www.metropoles.com/colunas/igor-gadelha/a-irritacao-de-rogerio-marinho-com-alexandre-de-moraes>

contenha todas as instâncias e todos os tribunais e por fim o mandato de 8 anos com a possibilidade de reeleição, para que se evite a acomodação dos ministros.

8. CONCLUSÃO

Ao longo desse artigo, o que se pretendeu demonstrar foi que o nosso modelo político, bem como nossa constituição, antes de tudo se baseia em uma premissa máxima: a soberania popular. Nesse sentido, a Constituição é um verdadeiro Pacto Social, é nela que se positivam todos os direitos, traça os parâmetros do sistema jurídico e define os princípios e diretrizes que regem nossa sociedade. E dentro do próprio texto é retomado que: todo poder emana do povo.

Este fragmento constitucional não é meramente decorativo; é a evidência do nosso pacto. Afinal, somos nós que conferimos legitimidade à Constituição, conferindo substância a essa ficção jurídica que construímos. Se não houver legitimidade, se não acreditarmos no que está escrito, a Constituição se tornará apenas uma peça de papel. Todos os cidadãos são os verdadeiros concedentes do poder estatal. Não se pode distorcer essa ideia com a premissa de "sabemos o que é melhor para vocês". A verdade é que a moral, assim como a noção de certo e errado, são, em sua maioria, conceitos relativos. Quando enfrentamos dilemas entre princípios, cabe à sociedade avaliar e decidir como prosseguir, em temas de caráter político que afeta a todos como as questões relacionadas ao aborto e a descriminalização das drogas. A decisão não é responsabilidade de 11 ministros, mas da sociedade, que deve determinar o rumo e a constituição da nossa sociedade. Se a decisão for boa ou má, refletirá nas escolhas que fazemos, afinal somos nós, como um todo, que sofremos as consequências dessas escolhas. Essas devem ser feitas por meio da participação popular, seja por meio de votos ou por meio de discussões e declarações que não devem ser restringidas, não se pode taxar qualquer crítica a um ministro do STF ou a suas decisões, como um ataque a democracia, eles não são a democracia encarnada, são no final das contas servidores públicos e devem prestar contas à sociedade. O Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição, mas não é o depositário da verdade, apesar de agir como se pudessem decidir sobre todos os aspectos da sociedade, doutores não só em direito, mas em economia, ciências sociais, biologia, história, etc. Dito isso, é preciso ressaltar que se uma opinião é prejudicial ou perigosa, deve ser desafiada no âmbito do debate público e pela sociedade, que seja, portanto, desconstruída e não censurada.

Diante disso é preciso limitar os poderes do Supremo Tribunal Federal, visto a escalada autoritária quem vem acometendo, essa limitação deve e precisar ser legítima, através do poder legislativo, que são, goste ou não, os representantes do povo. Cabe a nós termos o que Montesquieu chama de virtude cívica, isso significa não admitir corrupção, não admitir autoritarismo, esse valor independe de questões ligadas a espectro político de esquerda ou direita, está ligado a comprometimento, não apenas em conhecer os nossos direitos, mas estar disposto a defender o bem comum e participar ativamente do processo político.

Hoje algumas pessoas aplaudem o autoritarismo do STF, já que em determinados momentos se alinham com os seus interesses, beira a ingenuidade não acreditar que esse mesmo poder pode se voltar contra eles, seja pela conveniência da corte que pode mudar, ou pela mudança de ministros, que poderão fazer o mesmo, já que o precedente foi criado. Por fim, ressalto que a liberdade é o que temos de mais precioso na nossa sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSIS, Vinicius Freitas Santos. Ativismo Judicial e a Politização do Exercício Jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, Minas Gerais. 2022.

BACHA E SILVA, Diogo; SANTA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Poder Moderador, Forças Armadas e a Constituição Federal: uma leitura constitucionalmente adequada. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 23, n. 46, set. 2020. **DOI:** <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2020v23n46p271-298>

BRAGA, Ricardo Peake. Juristocracia e o Fim da Democracia: Como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder. 1. ed. Londrina: E.D.A., 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de outubro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº7.311/DF. Impetrante: Jean Carlos Nunes Oliveira. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-142-forcas-armadas-barroso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.457/DF. Requerente: Partido Democrata Trabalhista. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em <https://www.jota.info/wpcontent/uploads/2020/06/adi6457.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CONSTANT, Benjamin. Curso de Política Constitucional: Tomo Primeiro. Madri: Imprenta de la Compañía, 1820.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DUARTE, José Vitor Lopes Marinho; AMORIM, Miguel Ângelo de Oliveira; SILVA, Danilo Lima da. O Ativismo Judicial e o Princípio de Separação dos Poderes; Analisando a Atuação do Supremo Tribunal Federal à Luz do Sistema de Freios e Contrapesos. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Potiguar, 2022.

DWORKIN, Gerald. “Paternalism”. The Monist, vol. 56, nº 01, 1972 **DOI:** <https://doi.org/10.5840/monist197256119>

ELY, J. H. Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia Defensiva, Origens Conceitos e Aplicações Práticas. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133.pdf. Acesso em: 28 de outubro de 2023.

GARCIA, Rodrigo Boaventura. Juristocracia: O STF e a subversão da Justiça. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) - UniEVANGÉLICA, Anápolis, Goiás.

HIRSCHL, Ran. Rumo à Juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo. 1. ed. Londrina, PR: Editora E.D.A., 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na Política e a Política no STF. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo Judicial: Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade e A Sujeição das Mulheres. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017.

MONTEIRO, Marcelo Rocha. Scalia, o Juiz que Sabia que não Era Rei. Sereis como Deuses: O STF e a Subversão da Justiça. 1. ed. Londrina, PR: Editora E.D.A., 2021.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. Do Espírito das Leis, in Coleção Os Pensadores, São Paulo, Abril Cultural, 1973.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. O Espírito das Leis. 2ª Edição. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre. Liberdade de expressão e limites. [AP 1.044, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 20-4-2022, P, DJE de 23-6-2022.] Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/LiberdadeExpressao.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

OLIVEIRA, Marco. "John Locke". Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/filosofia/john-locke.htm>. Acesso em 24 de outubro de 2023.

PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia Militante em Tempos de Crise. Rio de Janeiro: Editora LUMEN JURIS, 2020.

SADE, Rodrigo Gean. A Separação de Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos e Atuação do Poder Judiciário no Brasil. Monografia. Brasília, Distrito Federal, UnB. 2021. Disponível

em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/28969/1/2021_RodrigoGeanSade_tcc.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; Morais, José Luis Bolzan. Ciência Política e Teoria do Estado. 5. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

STRECK, Lenio Luiz. "Contra o Neoconstitucionalismo." Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.) Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAGREBELSKY, Gus-tavo. Juices constitucionales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 117, setembro-dezembro de 2006