

JOURNAL OF
DEMOCRACY
EM PORTUGUÊS

Volume 12, Número 1, Junho de 2023

Artigos Inéditos

O STF e a defesa da democracia no Brasil

Oscar Vilhena Vieira

**A cooperação Sul-Sul e o setor privado: um balanço
das relações do Brasil com Angola e Moçambique
no século XXI**

André Guzzi e Laurindo Tchinhama

Traduções

**Por que as democracias da América Latina
estão estagnadas**

Scott Mainwaring e Aníbal Pérez-Liñán

**Exércitos e autocratas: por que as Forças Armadas
de Putin fracassaram**

Zoltan Barany

A sombra da direita sueca

Bo Rothstein

**Por que a direita europeia abraça os
direitos dos homossexuais**

Gabriela Magni e André Reynolds

**PLATAFORMA
DEMOCRÁTICA**

FUNDAÇÃO FHC
CENTRO EDELSTEIN

PLATAFORMADEMOCRATICA.ORG



O STF e a defesa da democracia no Brasil¹

Oscar Vilhena Vieira

“A Constituição não é um pacto suicida”

Abraham Lincoln

Oscar Vilhena Vieira é professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, é Mestre em Direito pela Universidade de Columbia-Nova York, Mestre e Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo e Pós-doutor pelo Centre for Brazilian Studies - St. Antonies College, da Universidade de Oxford.

1 - Introdução

A eleição de um populista de extrema direita para ocupar a Presidência da República, expressamente partidário do regime militar e hostil ao modelo constitucional de 1988, submeteu as instituições jurídicas e políticas brasileiras a um intenso e rigoroso teste de resiliência.

1. Gostaria de agradecer aos colegas e amigos Adriana Ancona de Faria, Theo Dias, Alaor Leite e Ademar Borges, pelo longo e enriquecedor diálogo sobre a democracia militante. Agradecimentos especiais vão para Ana Laura Barbosa, responsável pela coleta e agregação de dados apresentados neste trabalho, assim como por uma leitura atenta da primeira versão desse texto. Finalmente agradeço à FFHC, na pessoa de Sergio Fausto, pela boa provocação para refletir, debater e escrever sobre a democracia militante.

Ao longo de quatro anos, o presidente Jair Bolsonaro e seus apoiadores promoveram um forte processo de polarização política e social, atacaram os direitos fundamentais de grupos vulneráveis e incitaram os militares contra os poderes constitucionais, tendo o Supremo Tribunal Federal como alvo privilegiado. Tiraram proveito da pandemia do COVID-19 para fomentar uma guerra cultural contra a ciência e um boicote sistemático aos esforços e às autoridades envolvidas na promoção da saúde pública.

A urna eletrônica, ferramenta central do processo democrático, e o Tribunal Superior Eleitoral, responsável pela realização das eleições, também foram objeto de investidas antidemocráticas. Inconformados com a derrota, por uma pequena margem de votos, no pleito eleitoral de 2022, segmentos radicalizados do bolsonarismo promoveram a intentona golpista de 8 de janeiro de 2023, quando as sedes dos três poderes da República, em Brasília, foram invadidas e depredadas, com o objetivo de provocar uma intervenção militar, sem sucesso.

A democracia constitucional brasileira sobreviveu a essa sobreposição de ameaças e ataques. O presidencialismo de coalizão, com todas as suas idiossincrasias, inibiu transformações constitucionais ou mesmo legais que desestruturassem o cerne do Estado Democrático de Direito, afastando-nos de um processo de erosão democrática semelhante ao ocorrido em países como a Venezuela e a Hungria. Não testemunhamos aqui um processo de “constitucionalismo abusivo” ou “legalismo autoritário” (LANDAU, 2013; SCHEPPELE, 2018), mas uma forma mais sorrateira de erosão que denominamos “infralegalismo autoritário”, acompanhada de uma insidiosa incitação à intervenção militar.

A rede de organizações da sociedade civil e de movimentos sociais – que havia sofrido forte fragmentação durante a longa crise que levou ao impeachment da presidente Dilma Rousseff – foi paulatinamente se recompondo, culminando com os atos de defesa do Estado Demo-

crático de Direito, em 11 de agosto de 2022 (FOLHA DE S. PAULO, 2022). Os meios de comunicação, objeto de inúmeras tentativas de intimidação, também se comportaram de maneira vigilante nesse período, cumprindo o dever de denunciar abusos de poder e assegurar o direito à informação aos cidadãos.

Neste extenso arco de proteção da democracia brasileira, o Supremo Tribunal Federal ocupou um papel central. A postura expressamente “militante” assumida pelo STF, nas palavras do Ministro Edson Fachin, reacendeu o debate sobre o controvertido conceito de “democracia militante”, o que parece inescapável em tempos de ameaça de erosão do Estado Democrático de Direito.

Neste artigo, argumento que a ideia original de uma “democracia militante” mais do que uma robusta doutrina jurídica de defesa da democracia, é uma forte advertência para os riscos da erosão democrática promovida por movimentos políticos extremistas, com forte componente emocional, assim como uma convocação para a necessidade de construção de instrumentos institucionais voltados a proteger a democracia daqueles que abusam de suas franquias e dos direitos fundamentais com o objetivo de subjugar o Estado Democrático de Direito.

As ideias seminais apresentadas por Loewenstein ao cunhar, na década de 1930, o termo “democracia militante” foram se materializando em formulações usadas de maneira intercambiável como “democracia combatente”, “democracia beligerante” ou “democracia defensiva”, empregadas no período pós-Segunda Guerra Mundial, sobretudo na Alemanha, como reação às experiências totalitárias do fascismo e do nazismo.

Reivindico que, nos dias de hoje, o conceito de “democracia militante” designa, sobretudo, uma postura a ser assumida por aquelas instituições e autoridades que têm a responsabilidade por promover a defesa da democracia. Essa postura reclama uma atitude alerta, vigilante e, se necessário, combativa na defesa da democracia, por meio

das ferramentas institucionais e legais de autodefesa democrática, operadas dentro do marco dos direitos fundamentais.

O objetivo central deste texto é analisar o comportamento das instituições de defesa da democracia brasileira, em especial a postura do Supremo Tribunal Federal, a partir da ascensão ao poder de um presidente ostensivamente hostil à democracia constitucional estabelecida em 1988.

2. A ideia de democracia militante

A expressão “democracia militante” foi cunhada pelo jurista e cientista político alemão, Karl Loewenstein, em 1935 (LOEWENSTEIN, 1935) e depois desenvolvida e aprofundada em dois artigos seminais publicados na *The American Political Science Review*, em 1937 (LOEWENSTEIN, 1937a, 1937b). De origem judaica, Loewenstein viu-se obrigado a deixar a Alemanha logo após a ascensão de Hitler ao poder, em 1933, buscando refúgio nos Estados Unidos. Ex-aluno de Max Weber, apontava para a natureza predominantemente “emocional” do fascismo, que considerava não como uma ideologia, propriamente dita, mas como um simples método de assunção e manutenção de poder.

Essas duas características dificultavam o enfrentamento do fascismo por argumentos racionais, assim como pelos mecanismos tradicionais do constitucionalismo liberal. Loewenstein demonstrou-se particularmente crítico ao posicionamento do também jurista Hans Kelsen, para quem a democracia, compreendida como um processo formal de tomada de decisão, a partir da vontade da maioria, deveria ser “neutra” em relação aos resultados do processo democrático. Também foi crítico em relação aos chamados “liberais fundamentalistas”, para os quais a restrição às liberdades democráticas, ainda que em nome da defesa da democracia, consistia numa contradição inaceitável, mesmo quando aplicada àqueles que empregam essas liberdades de forma abusiva e maliciosa, com a finalidade de provocar a erosão da democracia liberal (PONTES, 2020).

A preocupação com a erosão da república e com a necessidade de criação de mecanismos para sua autodefesa não é recente. Maquiavel, em *Discursos sobre a primeira década de Titus Livius*, enaltece a instituição da *dictadura* dos romanos, como remédio fundamental para a sobrevivência e a grandeza da República Romana, em “situações de anormalidade”, lembrando que o “*dictador* era nomeado por um período limitado e com o propósito exclusivo” de afastar as “ameaças à República”, em nada podendo interferir “na autoridade constitucional do governo” e das demais instituições, sob o risco de usurpá-las (MAQUIAVEL, 2010, p. 33–36).

Com o surgimento dos primeiros regimes democráticos/republicanos modernos, autores como James Madison, também chamam a atenção para os riscos de uma “tirania das maiorias” (Federalista, no. 10), que ameacem a sobrevivência da república. Esses autores enfatizam, no entanto, a necessidade de criação de mecanismos preventivos. Madison propõe, sobretudo, que as instituições sejam dispostas de forma a impedir que facções, definidas como grupos dispostos a suprimir os direitos das minorias, cheguem ao poder, mesmo quando recebem o apoio da maioria. Nesse sentido, o federalismo e os demais mecanismos de freios e contrapesos, ao favorecerem a manutenção de uma sociedade pluralista, contribuiriam para reduzir os riscos de uma tirania da maioria.

Com a crise da República de Weimar, no final dos anos 1920 e início dos anos 1930, em que os mecanismos do constitucionalismo liberal não se mostraram suficientes em face dos ataques dos inimigos da democracia parlamentar, a necessidade de mobilizar ferramentas mais contundentes para a defesa da República Alemã (Deutsches Reich) voltaram ao centro do debate constitucional.

Mesmo autores não liberais, como Carl Schmitt, passaram a propor que a Constituição do país deveria se defender de seus inimigos, restringindo emendas que alterassem o cerne do texto constitucional (Schmitt, 1982, 119), bem como o banimento de partidos desleais à

democracia parlamentar, como os partidos Nazista (Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães era o nome oficial do partido de Hitler) e Comunista da Alemanha. Importante destacar que a Constituição de Weimar não dispunha de cláusulas pétreas, nem tampouco autorizava explicitamente a abolição de partidos. O argumento de Schmitt, no entanto, é de que uma Constituição não pode tolerar a sua própria morte, ecoando a advertência de Abrahan Lincoln, de que a “Constituição não é um pacto suicida”, que se incorporou ao repertório político constitucional americano.

Com a ascensão de Hitler ao poder, em 1933, e o emprego, ainda que abusivo, dos meios constitucionais, a questão da defesa da democracia contra os seus inimigos internos ganhou uma dimensão mais dramática. A ironia com que Goebbels se referia à democracia, como o regime que “concedeu aos seus inimigos mortais os meios para que fosse destruída”, não deixou mais espaço para que o pensamento democrático se evadisse da responsabilidade de formular uma doutrina consistente sobre a defesa da democracia.

Da mesma forma, a ameaça realizada por Hitler, em 1930 – ao depor como testemunha em defesa de jovens oficiais envolvidos em um caso de sublevação –, de que “[quando] obtivermos os poderes constitucionais, iremos moldar o Estado à forma que nos seja apropriada”, afinal, “a Constituição apenas traça o mapa da arena de batalha, não os objetivos...” (in Bracher, 1991, 245), deixam claro que a democracia liberal não mais poderia permanecer neutra em relação aos resultados do processo majoritário. Era necessário conceber barreiras institucionais para que grupos extremistas não voltassem a se apropriar do processo democrático com o objetivo de suprimi-lo.

Embora a “democracia militante” não ignore que a sobrevivência das democracias esteja associada a inúmeras condições culturais, econômicas e sociais (LIPSET, 1959; PRZEWORSKI; LIMONGI, 1997), seu foco é outro, de natureza mais emergencial, conjuntural e institu-

cional. O problema da “democracia militante” são aqueles momentos em que uma maioria, tomada por forte “emocionalismo”, se dispõe a agir contra as próprias instituições do Estado Democrático de Direito, abusando de suas franquias.

Quando o diálogo racional perde sua capacidade de convencimento e as instituições ordinárias de defesa da democracia, como os tribunais ou o parlamento estão, elas próprias, sob ameaça, o que se pode fazer? De que maneira conter institucionalmente os efeitos desses ciclos de “emocionalismo” antidemocrático? A resposta do formalismo jurídico e procedimentalismo democrático de Hans Kelsen, por exemplo, é a simples resignação (RIJKEMA, 2018, p. 34). Nada se pode fazer quando a maioria decide pelo fim da democracia. A resposta militante oferecida por Loewenstein, ao contrário, é que, quando a vida da democracia estiver em jogo, esta deve se autodefender com todo vigor.

A partir da experiência da impotência da teoria política liberal e do positivismo jurídico face ao nazifascismo, Karl Loewenstein propôs que a “democracia deveria se tornar militante”, abandonando a postura passiva defendida pelo positivismo e pelo “liberalismo fundamentalista”. A “democracia militante” de Loewenstein consistia, portanto, menos em uma doutrina jurídica e política completa, e mais em uma conclamação de que as democracias e o Estado de direito estabelecessem e colocassem mecanismos de autodefesa como reação à debacle da República de Weimar.

Da perspectiva política, propõe a formação de frentes amplas anti-fascistas; no âmbito jurídico e institucional, propõe a criação de ferramentas legais que autorizem, quando necessário, a restrição de direitos, a proibição de partidos políticos ou de grupos extremistas no processo democrático, assim como a criação de instituições voltadas a debelar a ação desses grupos e movimentos. A doutrina original da “democracia militante” apenas sugere, ainda que de forma muito incipiente, que as instituições e as autoridades que as habitam, deveriam assumir uma

postura contundente e ativa na defesa da democracia, sempre que ela estiver sob ameaça. Esse terceiro componente da ideia de democracia militante, que recebeu menos atenção por parte de Loewenstein, é, no entanto, fundamental para articular um sistema mais amplo de defesa da democracia. Em nenhum momento a “democracia militante” autoriza dar “férias ao direito” –atribuindo ampla discricionariedade às instituições responsáveis por impor limites aos grupos extremistas, como no instituto da *dictadura* romana, defendido por Maquiavel –, mas advoga que, na luta contra o fascismo, o “fogo deverá ser combatido com fogo”. E isso é o que a torna particularmente controversa.

Reivindico que essa ideia menos desenvolvida por Loewenstein mereceria ser tratada com maior atenção no contexto do pensamento constitucional contemporâneo, especialmente em países que adotaram um modelo de democracia defensiva, na qual as estruturas de auto-defesa da democracia encontram-se entrincheiradas na Constituição. Nesses contextos, em que os mecanismos contramajoritários estão estabelecidos, inclusive com regras penais e eleitorais voltadas a cercear ações antidemocráticas, maior atenção deveria ser dada à questão da postura ou do comportamento das autoridades responsáveis por mobilizar essas prerrogativas.

2.1. Objeções

Inúmeras têm sido as objeções e críticas levantadas contra a doutrina incompleta da “democracia militante”. A primeira delas destaca a natureza contraditória e inconsistente da doutrina, por defender medidas contrárias à democracia para protegê-la do autoritarismo. Uma segunda objeção adverte que a “democracia militante” teria uma natureza elitista, pois decorre de uma desconfiança intrínseca no povo para determinar seu próprio destino, atribuindo às elites, especialmente aquelas entrincheiradas nas burocracias estatais, a responsabilidade

por determinar quais condutas ou resultados do processo democrático poderão ser tolerados e quais deverão ser censurados.

Associada a esta objeção, alguns críticos acusam a doutrina da “democracia militante” de não estabelecer garantias que impeçam os responsáveis por defender a democracia, com poderes para restringir direitos ou mesmo a possibilidade de participação política dos setores considerados radicais, de empregar suas prerrogativas de forma abusiva.

A formulação original de Loewenstein, de fato, dá margem a esse tipo de crítica, até porque, mais do que uma teoria robustamente construída, trata-se de uma doutrina reativa ao processo de erosão do regime de Weimar e à impotência teórica do positivismo e do liberalismo em prover um repertório de ferramentas capaz defender a ordem democrática.

A força da doutrina da “democracia militante” decorre, portanto, mais de sua capacidade aguda de apontar para o risco da erosão democrática, do que propriamente das propostas que oferece para a solução do problema. Em grande medida, Loewenstein antecipa o chamado “paradoxo da tolerância”, elegantemente apresentado por Karl Popper, ao alertar, em 1945, que “a tolerância ilimitada levará ao desaparecimento da tolerância... Devemos, então, reivindicar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar o intolerante. Devemos reivindicar que qualquer movimento intolerante seja colocado fora da lei...”(POPPER, 2011, p. 581 Chap. 7, FN 4)².

2.2. Democracia combatente

Os processos de reconstitucionalização da Alemanha, da Itália e também do Japão após a derrota dos países do Eixo na Segunda Guerra Mundial foram marcados por uma forte preocupação em prevenir que líderes e partidos autoritários retornassem ao poder por meios

2. Tradução livre de: “unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance. (...) We should therefore claim, in the name of tolerance, the right not to tolerate the intolerant. We should claim that any movement preaching intolerance places itself outside the law”.

constitucionais. Como impedir que maiorias hostis aos valores liberais e democráticos voltassem a se beneficiar das liberdades democráticas para destruí-las?

A experiência devastadora da erosão por dentro da democracia liberal alemã nos anos 1930 conferiu às inquietações da “democracia militante” uma posição especial na elaboração das constituições que sucederam regimes totalitários e autoritários nesses três países. A Lei Fundamental de Bonn (1949), como é chamada a Constituição alemã, não apenas incorporou algumas das ferramentas propostas por Loewenstein, como expandiu e lapidou suas proposições.

Além da adoção de um robusto regime de direitos fundamentais, que tem a proteção da dignidade humana como esteio (artigo 1), e de um sistema político bastante consensual, a Lei Fundamental adotou uma série de mecanismos voltados especificamente à proteção da ordem democrática, entre eles autorizar a restrição de direitos fundamentais quando estiverem sendo abusivamente empregados por aqueles que têm por objetivo ameaçar a ordem democrática (artigo 18); permitir o banimento de partidos (artigo 21, 2) ou associações (artigo 9, 2) que ameacem o Estado Democrático de Direito; além de entrincheirar a dignidade humana, a democracia, a federação e a estrutura básica do Estado alemão por meio de cláusulas que não podem ser objeto de emenda (artigo 79, 3).

Nos anos que se seguiram à sua instalação em 1951 em Karlsruhe (sudoeste da Alemanha), o Tribunal Constitucional Alemão esculpiu sua própria doutrina do que veio a ser conhecido como “democracia combatente”, com o objetivo de impedir a ascensão ao poder de grupos extremistas. Em 1952, o Tribunal declarou inconstitucional o Partido Socialista do Reich, criado em 1949 como sucessor do Partido Nacional Socialista, de Hitler, por entender que a agremiação buscava “eliminar a ordem livre e democrática”, após análise de seu programa, estrutura e composição.

Para o Tribunal alemão, a ordem constitucional estabelecida no pós-guerra representa um esforço consciente de manter o equilíbrio entre o princípio da tolerância com as mais diversas ideias políticas e a defesa de certos valores fundamentais. Em face da história recente da Alemanha, no entanto, o Tribunal Constitucional afirmou que “o Estado não mais pode se dar o direito de manter uma atitude de neutralidade em relação aos partidos políticos” (2 BVerfGE 1, 1952). Em 1956, também seria banido o Partido Comunista da Alemanha, por razões semelhantes.

Nos anos 1970, o Tribunal voltou a empregar a doutrina da “democracia combatente”, em um caso relativo à vigilância de cidadãos suspeitos de conspirar contra a ordem democrática. Com o objetivo de conter grupos extremistas, como o Badder-Meinhof, o Parlamento alemão (Bundestag) aprovou uma emenda ao artigo 10 da Lei Fundamental, autorizando o legislador ordinário a criar mecanismos de vigilância, que dispensariam supervisão judicial.

Ao ser provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade da referida emenda, o Tribunal Constitucional declarou, com base na doutrina da “democracia combatente”, ser válida “uma regulação ou instrução que restringe liberdades... mesmo que sem conhecimento dos cidadãos (investigados) ... quando o objetivo é proteger a existência do Estado e da ordem livre e democrática”. Sob o mesmo argumento, a necessidade de supervisão do Poder Judiciário poderia ser afastada, se houvesse alguma forma de “equivalente ao controle jurisdicional”, a ser implementada pela administração (BVerfGE 1, 1970).

Naquele julgamento, o Tribunal pela primeira vez publicou os votos dissidentes de três juízes, com fortes críticas à flexibilização das garantias constitucionais, ainda que sob o argumento de defender a democracia. Na medida em que as ameaças à ordem constitucional foram se amenizando na Alemanha do período pós-guerra, a postura combativa do Tribunal também arrefeceu, como no julgamento do

pedido de banimento do NPD (Partido Nacional Democrático), de extrema direita, em 2003, indeferido pela unanimidade dos magistrados (107 BVerfGE 339), ainda que em bases processuais. Nesse sentido a doutrina da “democracia combatente” deve ser sensível aos riscos efetivos a que a democracia se encontra exposta numa determinada conjuntura política.

3. Democracias constitucionais defensivas

Muitos países que se democratizaram após longos períodos de regimes autoritários na segunda parte do século 20, como Portugal, Espanha, Brasil e África do Sul, também incorporaram aos seus ordenamentos jurídicos e constitucionais, em maior ou menor medida, dispositivos explícitos de defesa da democracia ou de limitação ao extremismo, oriundos da doutrina lançada por Loewenstein e requalificada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A arquitetura constitucional da segunda e da terceira “ondas de democratização”, na linguagem de Huntington (1991), adotou robustas cartas de direitos, favoreceu o multipartidarismo, conferiu amplos poderes a tribunais e cortes constitucionais e assegurou a possibilidade de restrição de direitos daqueles que atacassem a democracia e/ou os direitos fundamentais.

Essa arquitetura constitucional defensiva também passou a incentivar a adoção de um novo tipo de legislação penal, voltada a punir atos contrários às instituições democráticas e ao Estado de direito, assim como restringir determinados tipos de discursos com potencial de desestabilização das instituições democráticas e discriminatórios ou de ódio contra minorias historicamente discriminadas.

Nesse sentido, essas novas democracias da segunda metade do século 20 não mais se colocam numa posição de “neutralidade” em relação àqueles que maliciosamente usam das suas franquias para atacar

a ordem liberal e democrática. Daí falar-se corretamente em “democracias constitucionais defensivas” como um modelo de democracia constitucional que surgiu após a Segunda Guerra Mundial na Alemanha (HENKIN; ROSENTHAL, 1990; GRIMM, 2016) e se expandiu para outros países europeus, para a América Latina, a África e até mesmo o Sudeste Asiático. A Constituição da Índia independente, que entrou em vigor em 1950, também pode ser caracterizada como “defensiva”, além de “transformadora” (BAXI; VILJOEN; VIEIRA, 2013).

Como a ascensão ao poder, pelo voto, de inúmeros governantes populistas, de matriz autoritária, em países como Venezuela, Hungria, Polônia, Turquia, Índia, Estados Unidos, Filipinas, Brasil e Nicarágua, nas últimas décadas (DIAMOND, 2015; HUQ; GINSBURG, 2018; LEVITSKY; ZIBLATT, 2018), os debates em torno da “democracia militante” foram retomados (PONTES, 2020; RIJKEMA, 2018). Como sustenta Jan-Werner Müller, um dos estudiosos contemporâneos do populismo e também da “democracia militante”, apesar das críticas à formulação original de Loewenstein, há um certo consenso de que as democracias não apenas podem como devem se preocupar com a criação de mecanismos institucionais voltados à contenção de ameaças e ataques voltados a corroer a democracia por dentro do sistema político (MÜLLER, 2022).

O desafio prático é estabelecer, dentro de um estreito espaço normativo construído pela gramática dos direitos fundamentais, uma regulação estrita sobre aquilo que é e o que não é permitido dizer ou fazer dentro da democracia. Que discursos ou condutas de natureza políticas podem ser coibidas num regime fundado na ideia de tolerância, liberdade de expressão e pluralismo? Quem poderá controlar essas condutas? Mais do que isso, é necessário estabelecer parâmetros dogmáticos que balizem a “postura institucional” a ser assumida pelas autoridades, especialmente as judiciárias, responsáveis pela defesa da democracia, em situações de ataque por maiorias desleais à demo-

cracia. Postura que deve ser compatível com as premissas do Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, suficientemente potente para conter as ardilosas estratégias dos novos populistas autoritários.

A tarefa daqueles que se propõem a estabelecer um sistema de democracia defensiva é desenhar limitações que tenham natureza “habilitadora”, ou seja, que se destinem a fortalecer a democracia, desobstruindo os “canais democráticos” pela preservação dos direitos constitutivos da democracia e, ao mesmo tempo, assegurando a integridade e autonomia das instâncias de aplicação da lei (ELY, 1980; HOLMES, 1995; VIEIRA, 2023).

4. O modelo brasileiro de democracia constitucional defensiva

Com a Constituição Federal de 1988, que selou a transição do regime militar para a democracia, o Brasil adotou uma democracia de natureza

Com a Constituição Federal de 1988, que selou a transição do regime militar para a democracia, o Brasil adotou uma democracia de natureza claramente defensiva, que se beneficiou das preocupações trazidas pela doutrina incompleta da “democracia militante”.

claramente defensiva, que se beneficiou das preocupações trazidas pela doutrina incompleta da “democracia militante”. Desde então, o modelo político brasileiro é fortemente consensual, aliçado em robusta e extensa carta de direitos, em clara reação ao regime autoritário, centralizado e hiperpresidencial, que prevaleceu entre 1964 a 1985.

A Constituição de 1988 definiu o presidencialismo de coalizão como peça central do sistema político, ao combinar presidencialismo com multipartidarismo e a opção pelo sistema eleitoral proporcional para a composição da Câmara dos Deputados. Desde sua adoção, esse

modelo tem imposto a todos presidentes da República a necessidade de construir amplas coalizões parlamentares, caso tenham a pretensão de governar com o mínimo de eficácia, ou mesmo não serem aliçados do poder por meio de um processo de impeachment.

Ao Supremo Tribunal Federal foi conferida a função de “guarda” da Constituição Federal. Em suas mãos, foram concentradas as atribuições de tribunal constitucional, corte de cassação, além de órgão responsável pelo julgamento de todos os membros do Parlamento e do primeiro escalão do governo, seja no âmbito criminal ou administrativo. O acesso ao STF foi ampliado a inúmeros agentes políticos e sociais.

Ao atribuir ao Supremo a prerrogativa de analisar a constitucionalidade de emendas à Constituição feitas pelo Congresso Nacional, a Constituição transferiu ao Supremo um enorme poder de veto e supervisão sobre o sistema político brasileiro (VIEIRA, 1994, 2008).

No âmbito da defesa da democracia, destaca-se ainda a atribuição de competência específica conferida ao Ministério Público, por força do artigo 127, caput, da Constituição Federal, para realizar “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Os mecanismos de defesa da ordem constitucional democrática, característicos da “democracia combatente” alemã, se iniciam com uma amplíssima e detalhada carta de direitos fundamentais, que incorpora não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos e sociais, além de direitos difusos e intergeracionais. A carta de direitos estabeleceu mandatos de criminalização do racismo, da tortura, do terrorismo, bem como da “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito” (Artigo 5º., XLII, XLIII e XLIV, da CF).

A liberdade partidária concedida pela Constituição, embora ampla, impõe aos partidos que respeitem “o regime democrático, o pluripar-

tidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, além de vetar explicitamente “a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar” (artigo 17, caput e parágrafo 4º., da CF), podendo ser impedidos de funcionar se afrontarem esses princípios.

A Carta de direitos e as estruturas básicas do Estado Democrático de Direito foram entrincheirados por uma robusta lista de “cláusulas pétreas”, voltadas a impedir a deliberação de emendas constitucionais “tendentes a abolir” o sistema de separação de poderes, a federação, o processo eleitoral democrático, assim como os direitos e as garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º., incisos I a IV, da CF). Ao Supremo foi conferida a atribuição de proteger esse amplo conjunto de cláusulas pétreas.

A Constituição de 1988 também incorporou elementos de autodefesa democrática ao estabelecer distintos mecanismos para lidar com diversos tipos de crise. Ao tratar do impeachment, estabeleceu como crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra o livre funcionamento dos demais poderes, o exercício de direitos fundamentais, o cumprimento das leis e decisões judiciais (artigo 85, II, III e VII, da CF), entre outros princípios constitucionais. Previu também a possibilidade de decretação do “Estado de Defesa” e do “Estado de Sítio”, com chancela congressional, quando houver ameaça ao Estado Democrático de Direito, autorizando a restrição de alguns direitos, como a liberdade de reunião, sigilo de correspondência e comunicação, além de realização de prisões por crimes contra o Estado, que deverão ser imediatamente informadas a autoridade judiciária (artigos 136 e 137 da CF).

Da mesma forma, a “Intervenção Federal” - como a decretada no dia 8 de janeiro de 2023, com a finalidade de reestabelecer a ordem no Distrito Federal -, tem como um dos seus fundamentos a defesa “da forma republicana, do sistema representativo e do regime democrático”, além da proteção “dos direitos da pessoa humana” (artigo 34, VII, a e b). Impossível negar a natureza defensiva da nossa Constituição,

bem como a existência de mecanismos da chamada caixa de ferramentas proposta pela doutrina da “democracia militante”.

A escalada de ataques à democracia brasileira a partir de meados da década passada, e sobretudo após a eleição de Jair Bolsonaro em 2018, levou o Congresso Nacional a aprovar em 2021, com inaceitável atraso, a Lei 14.197 (Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito), que revogou a antiga Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170, de 1983).

A nova legislação inseriu na parte especial do Código Penal diversos tipos criminais voltados à defesa do “Estado Democrático de Direito”, similares aos incorporados pela legislação portuguesa e alemã, que optaram por fixar na legislação penal ordinária tipos penais voltados à defesa das instituições democráticas. Além de um capítulo sobre crimes contra a soberania nacional, que não trouxe propriamente novidades, a Lei 14.197/21 inovou ao estabelecer os seguintes tipos penais:

Artigo 359-L - Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais.

...

Artigo 359-N - Impedir ou perturbar a eleição ou a aferição de seu resultado, mediante violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral.

...

Artigo 286 – Incitar, publicamente, a prática de crime...

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade.

Com a introdução desses dispositivos na legislação penal, o sistema de defesa da democracia ficou fortalecido, paradoxalmente, por um Congresso conservador, em uma conjuntura política caracterizada por ataques permanentes por parte do próprio presidente da República e seus apoiadores. Embora Bolsonaro tenha vetado alguns dispositivos da nova legislação, que regulavam a difusão de mensagens antidemocráticas nas redes ou criavam uma ação penal subsidiária, no caso de omissão do Ministério Público (apenas para os crimes contra o Estado Democrático de Direito), o sistema de defesa da democracia ganhou maior coerência e robustez.

À legislação penal cumpre a importante função de distinguir condutas ilícitas daquelas que são lícitas, restringindo a discricionariedade judicial na imposição de limites aos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão ou de manifestação. Essas restrições devem necessariamente passar pelo crivo da constitucionalidade. O fato, porém, é que no caso brasileiro a Constituição conferiu ao legislador, assim como aqueles que têm a responsabilidade de defendê-la, um mandato claro.

Sua natureza defensiva não deixa espaço para se contestar tanto a legitimidade de criminalização de determinadas condutas antidemocráticas, com a necessária restrição de direitos, quanto uma autorização para que órgãos como o Supremo Tribunal Federal e o Ministério Público assumam uma postura “militante” na defesa da democracia.

Por postura institucional “militante” compreenda-se um comportamento ativo e contundente do Judiciário na defesa da democracia, extraindo o maior potencial protetivo possível de suas competências e das normas legais e constitucionais de defesa da democracia, com o objetivo de conter ataques e ameaças concretas à ordem democrática (VIEIRA, 2018, 174).

Finalmente, o Brasil, como muitos outros países democráticos, tem o desafio de regulamentar as condutas antidemocráticas, assim como aquelas de natureza discriminatória, no contexto das redes sociais, para ajustar seu sistema de defesa da democracia à nova ágora virtual.

5. Estratégias de Bolsonaro

O populismo autoritário de Jair Bolsonaro apostou em três estratégias para subjugar a democracia constitucional brasileira: *polarização visceral, infralegalismo autoritário e incitação aos militares* contra os poderes civis. A conjugação dessas três estratégias impôs um “risco existencial” à democracia brasileira (BORGES; VIEIRA, 2023).

A *polarização visceral* tem natureza fortemente emocional e antipluralista. Bolsonaro se apresentou desde o início de sua campanha como autêntico representante e exclusivo intérprete da vontade do povo, negando legitimidade a todos aqueles que se dispuseram a contestá-lo. Seus posicionamentos buscaram sempre transformar as divergências, inerentes a sociedades plurais e ao processo democrático, em confrontos insolúveis, negando credibilidade a seus opositores e mesmo às instituições que lhe ousassem criticar ou impor limites.

Conforme apontam Ricardo Barbosa Jr. e Guilherme Casarões, o bolsonarismo promoveu uma alteração profunda no modo como o debate político brasileiro passou a se organizar. Seu “populismo de direita radical” (BARBOSA; CASARÕES, 2022) foi estruturado a partir de uma fusão de nacionalismo cristão, patriotismo militarista reacionário e, acrescento, um libertarianismo radical seletivo, apropriando-se dessas múltiplas trincheiras para atacar discursos e posturas progressistas nos campos moral, político, social, ambiental e econômico.

Também buscou se apropriar de valores positivos da democracia constitucional, como a liberdade de expressão e de manifestação ou o “voto auditável”, com o objetivo de distorcer e agredir direitos de grupos vulneráveis e a integridade das próprias instituições da democracia constitucional. A partir de um emprego intensivo das mídias sociais, com a difusão sistemática de mentiras deliberadas, o bolsonarismo investiu contra o pluralismo, estigmatizando aqueles que se

encontravam em campos opostos, como “comunistas, globalistas, cultores da ideologia gênero, inimigos da pátria, corruptos e anticristãos”. O mesmo tipo de discurso deslegitimador foi reservado às urnas eletrônicas (RUEDIGER; GRASSI, 2020).

Essa polarização visceral foi imensamente potencializada pelo emprego intensivo das redes sociais, na medida em que Bolsonaro construiu “uma esfera pública alternativa relevante, controlando uma importante rede de desinformação” (NOBRE, 2022), de natureza predominantemente emocional, esgarçando o tecido democrático e tornando mais difícil a construção de consensos políticos e um convívio social tolerante em relação às diferenças intrínsecas a uma sociedade pluralista.

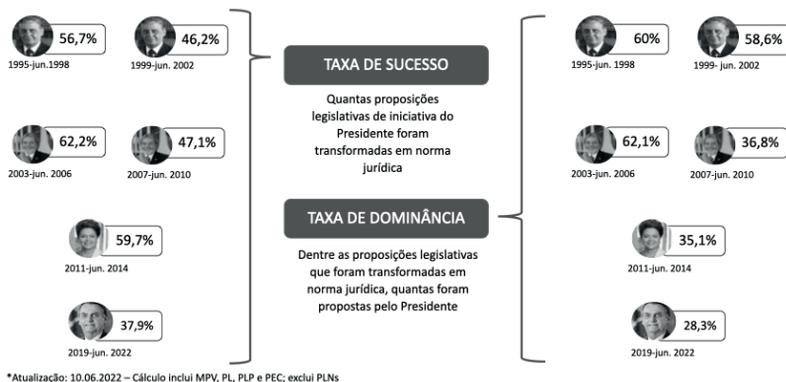
A segunda estratégia adotada pelo governo Bolsonaro foi o *infralegalismo autoritário*. Como os demais populistas autoritários dessa quadra histórica, que chegaram ao poder pelo voto, Bolsonaro buscou empregar o direito e suas prerrogativas institucionais não apenas para avançar os interesses e a visão de mundo da direita radical, mas também para fragilizar a capacidade de resistência dos sistemas de controle institucional.

A diferença entre o método jurídico empregado por Jair Bolsonaro e por outros populistas, como Hugo Chávez, na Venezuela, ou Viktor Orbán, na Hungria, decorre do fato de que Bolsonaro teve que lidar com um sistema constitucional bastante consensual e dotado de inúmeros mecanismos de defesa da democracia e dos valores constitucionais. Incapaz de formar uma sólida coalizão congressual, Bolsonaro não teve força para aprovar emendas constitucionais que alterassem a natureza progressista de inúmeros dispositivos da Constituição de 1988.

Da mesma forma, não foi capaz de alterar o sistema de votação, que eventualmente lhe daria vantagens na tentativa frustrada de reeleição em 2022. Não conseguiu também estabelecer o consenso necessário no Congresso Nacional para promover mudanças em diversas leis ordinárias, como o Estatuto do Desarmamento, o Código Civil, o Código Florestal e

inúmeras outras leis que concretizam valores e princípios constitucionais, incompatíveis com as posturas da direita radical que ele representa (VIEIRA; GLEZER, 2019; VIEIRA; GLEZER; BARBOSA, 2023b). Nesse sentido, Bolsonaro foi o presidente mais impotente da Nova República, sob a perspectiva legislativa.

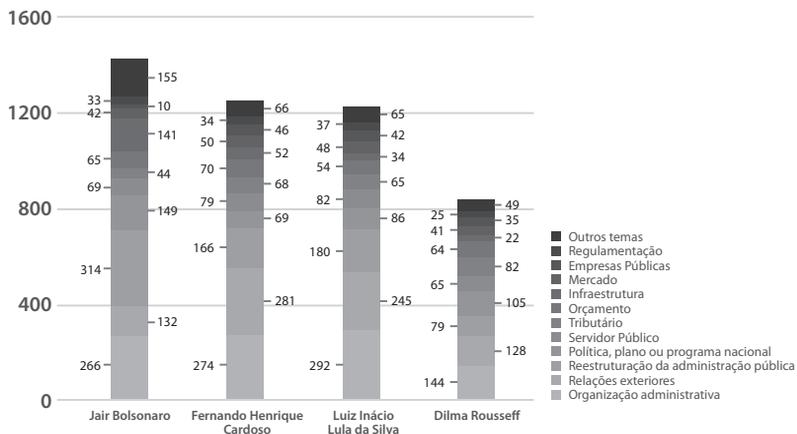
Figura 1: Presidencialismo de coalizão: fracasso na arena legislativa



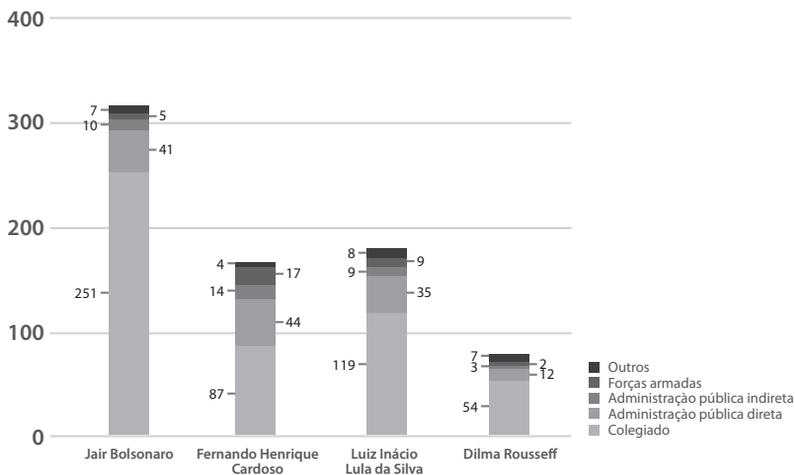
Fonte: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L., 2023a

Em face de sua fragilidade no Congresso Nacional, Bolsonaro optou por empregar, de forma intensa e abusiva, as prerrogativas institucionais de presidente da República para provocar a erosão de determinados âmbitos da ordem constitucional, neutralizar instituições e políticas públicas de natureza progressista inscritas na Constituição e em leis ordinárias, assim como promover os interesses conservadores, predatórios ou mesmo autoritários dos diferentes grupos que o apoiavam.

Isso foi feito por meio da edição abusiva de atos infralegais, contrários à legislação ordinária ou à ordem constitucional; por nomeações de autoridades desleais à finalidade legal das instituições públicas que passaram a comandar; pela adoção de ações para-institucionais, como ordens ilegais emitidas difundidas por meio de “lives” ou pelas redes sociais; pelo constrangimento orçamentário de diversas agências; e pela alteração de competências ou composição de órgãos e conselhos governamentais.

Figura 2: Total de decretos legislativos por tema

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponíveis na página do Planalto: <<https://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/decretos1>>. Acesso em: 15 maio. 2023.

Figura 3: Órgãos da administração afetados pela reestruturação

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados disponíveis na página do Planalto: <<https://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/decretos1>>. Acesso em: 8 maio. 2023.

A terceira estratégia de Bolsonaro foi *incitar os militares* contra os poderes constitucionais. Esse recurso, reiteradamente empregado em nossa história republicana, também envolveu uma ampliação da participação de militares, assim como de policiais e outros seguimentos armados, em atividades políticas, tanto no Legislativo como no Executivo. Durante a campanha, Bolsonaro fez uso de seu passado militar e como defensor de interesses corporativos das classes armadas, recorrendo sistematicamente a valores e à estética da caserna, apresentando-se como representante do “partido militar”.

Seu governo contou com oito ministros de origem militar, superando a participação de fardados nos ministérios dos próprios governos militares. Houve ainda um crescimento de 23% de militares da ativa em cargos em comissão, em relação aos governos anteriores, conforme dados do Ministério da Fazenda (FOLHA DE S. PAULO, 2022).

Da perspectiva da desestabilização das instituições constitucionais, o mais grave foi a forma insidiosa como incitou as Forças Armadas contra os poderes constitucionais, especialmente contra o Supremo Tribunal Federal. As ameaças e incitações tiveram início mesmo antes da posse, quando seu filho, o deputado federal Eduardo Bolsonaro, afirmou que bastavam um “soldado e um cabo” para fechar o Supremo, entre o primeiro e o segundo turno das eleições de 2018 (FOLHA DE S. PAULO, 2018). Desde o início de seu mandato, o ex-presidente foi incisivo nas críticas aos ministros do Supremo e à própria instituição. Muitos foram os atos de hostilidade à ordem democrática.

Em 20 de abril de 2020, o presidente da República participou de uma manifestação a favor da intervenção militar em frente ao Quartel General do Exército, em Brasília, onde havia faixas pedindo o fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal. Em agosto de 2021, com o objetivo de intimidar o STF, Bolsonaro teria determinado um sobrevoos de caças sobre sua sede, provocando uma crise militar que culminaria com a substituição dos três comandantes

das Forças Armadas, conforme relato do ex-ministro da Defesa Raul Jungmann (COSTA, 2021).

Em 7 de setembro de 2021, Bolsonaro mandou um recado ao então presidente do STF, ministro Luiz Fux: “Ou o chefe desse Poder enquadra o seu [ministro] ou esse Poder pode sofrer aquilo que não queremos... quem age fora da [Constituição] se enquadra ou pede para sair”, referindo-se ao ministro Alexandre de Moraes, que já presidia diversos inquéritos voltados a apurar condutas criminosas do presidente e apoiadores.

A incitação aos militares contra o Supremo e o Tribunal Superior Eleitoral escalou em 2022, ano da eleição presidencial. O processo de desqualificação das urnas eletrônicas foi potencializado pela manifestação de militares na comissão formada pelo Tribunal Superior Eleitoral para avaliar a integridade das urnas eletrônicas. Como salientou o então presidente da República, sem qualquer constrangimento, o ministro Luís Roberto Barroso, que na época presidia o TSE, ao convidar um militar para compor a referida comissão, não levou em consideração que Bolsonaro era o comandante maior das Forças Armadas, logo todos os militares lhe prestavam obediência.

O resultado foi uma ação coordenada para sabotar o processo eleitoral, que resultou em uma proposta do presidente de realização de uma apuração paralela, a ser feita pelos militares, das eleições de 2022, em clara violação à competência exclusiva atribuída à Justiça Eleitoral na condução do processo eleitoral.

Em 8 de agosto de 2022, o ministro Edson Fachin deu um basta às tentativas de conturbar o processo eleitoral, ao declarar que os questionamentos feitos pelos militares pró-Bolsonaro no TSE eram infundados e haviam sido protocolados extemporaneamente. Mais do que isso, Fachin excluiu o oficial que se aproveitou da condição de membro da comissão de fiscalização do processo eleitoral para divulgar notícias falsas voltadas a desacreditar as urnas (VARGAS; FEITOSA, 2022).

A coordenação dessas estratégias e múltiplas ameaças impôs enormes desafios à sociedade civil, aos partidos de oposição, aos meios de comunicação e às instituições comprometidas com a defesa da democracia. Neste artigo, como já foi dito, o foco é a conduta do Supremo, o que não deve diminuir a atuação de outras esferas institucionais e setores da sociedade civil que também assumiram uma postura comprometida com a defesa da democracia (O GLOBO, 2022).

6. STF: da postura de responsividade à postura militante

Alvo preferencial dos ataques do ex-presidente e de seus apoiadores, o Supremo Tribunal Federal assumiu uma postura razoavelmente contida no início do governo Bolsonaro. Chegou a propor um “pacto republicano” entre os Poderes da República. Na medida em que a conduta do governo foi se demonstrando cada vez mais hostil à Constituição, o comportamento do STF também foi se alterando, passando a responder de maneira mais rápida e robusta a demandas - muitas delas veiculadas por litígios estratégicos - voltadas à proteção dos direitos fundamentais e de outros princípios estruturantes da ordem constitucional (VIEIRA, 2018, pp 177 e 178; SARMENTO, 2023).

Quando os ataques mais diretos à jurisdição do Tribunal e posteriormente ao sistema eleitoral se tornaram mais incisivos, o Supremo deu um passo além da responsividade, assumindo uma postura propriamente “combatente” ou “militante”, na medida em que se tornou ainda mais contundente na aplicação – em toda sua extensão - do marco normativo da “democracia defensiva”, bem como ao assumir uma postura proativa, voltada a suprir a omissão ou inércia dos demais atores do sistema de Justiça, que deixariam a democracia sem a devida proteção jurídico institucional.

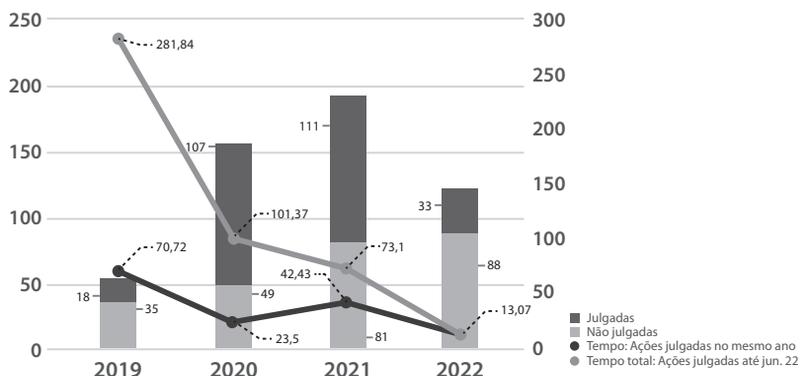
O envolvimento do Supremo na longa e complexa crise política em que o Brasil emergiu a partir de 2013, que levou ao impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2016 e à prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2018, culminando com a eleição de um populista de extrema direita para ocupar o Palácio do Planalto, levantou dúvidas sobre a capacidade do Tribunal de conter um presidente da República tão avesso aos protocolos constitucionais.

De um lado, o STF vinha sendo fortemente criticado pela esquerda desde o julgamento do “mensalão” em 2006. Essas críticas se tornaram ainda mais agudas com o início da operação Lava Jato, em 2014. Ao referendar a operação que levou à prisão do ex-presidente Lula, o Supremo tornou-se objeto de censuras severas por parte de juristas garantistas.

De outro lado, setores conservadores e de extrema direita há muito acusavam o Supremo de manter uma postura “ativista” e “progressista”, especialmente no campo dos costumes. Com a mudança de posicionamento em relação à Operação Lava Jato, que começou na Segunda Turma do Supremo, revendo o entendimento de diversos temas, como a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, a hostilidade de grupos à direita, inclusive de militares, em relação ao Tribunal, foi potencializada (VIEIRA, 2018, 207).

O famoso tuíte do general Villas Bôas, então comandante do Exército, ameaçando o Supremo, caso viesse a permitir a candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva nas eleições de 2018, exemplifica o tensionamento não apenas entre grupos de direita e extrema direita e o Supremo, mas também uma crescente contraposição das Forças Armadas – ressentidas em terem sido alijadas de sua autoatribuída função moderadora – em relação ao Supremo Tribunal Federal.

Como destacado em estudo anterior (VIEIRA; GLEZER; BARBOSA, 2023c), houve uma diferença sensível no comportamento do Supremo entre o primeiro ano do governo Bolsonaro (2019) e os anos seguintes, não

Figura 4: Demora no julgamento das ações no acervo do STF

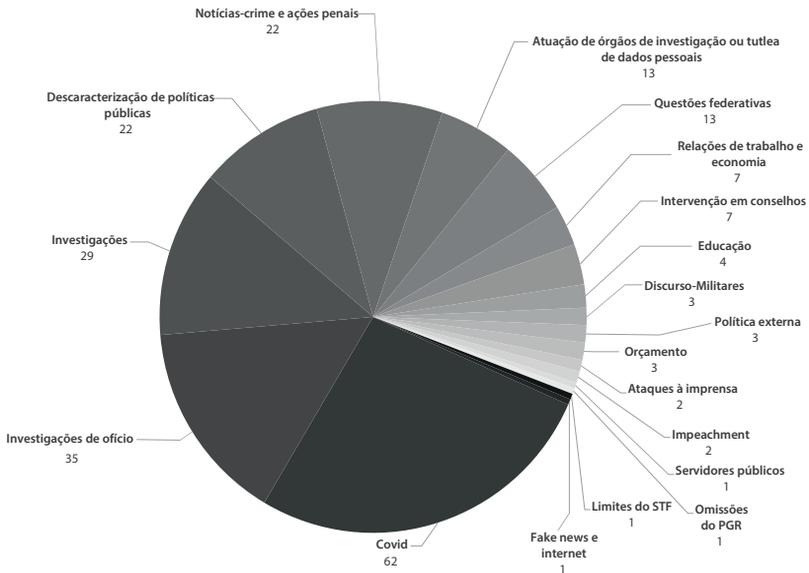
Fonte: VIEIRA; GLEZER; BARBOSA, 2023c.

apenas em relação ao ritmo de tomada de decisões e a colegialidade com que o Tribunal passou a decidir, mas sobretudo quanto à contundência de suas decisões. Ou seja, houve uma clara mudança de postura do Supremo Tribunal Federal. “Enquanto em 2019, apenas 33,9% das ações ajuizadas contra o Governo tiveram uma primeira decisão proferida no mesmo ano, em 2020, esse número sobe para 68,5%. Além disso, o tempo médio entre a autuação do processo e a primeira decisão diminuiu a partir de 2020: de 70,72 dias em 2019, passou para 23,5 em 2020”.

É importante destacar que diversas ações propostas pela administração Bolsonaro em 2019, sobre temas centrais relativos aos direitos humanos e ao meio ambiente, como o decreto que inviabilizou o funcionamento do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (ADPF 607), a proibição da visita social em estabelecimentos de segurança máxima (ADPF 579), os decretos que flexibilizavam o acesso a armas de fogo e munição (ADPF 581) ou a liberação de agrotóxicos (ADPF 559), não foram imediatamente enfrentadas pelo Supremo naquele primeiro ano de governo. Isso não significa que o tribunal tenha ficado inerte, como na ADI 6121, em que o Supremo derrubou parcialmente o Decreto 9.759/19, que extinguiu todos os colegiados da administração pública.

Ana Laura Barbosa, pesquisadora do projeto Supremo em Pauta, da FGV Direito SP, elaborou um banco de dados com 198 ações e inquéritos em tramitação no Supremo Tribunal Federal, no período Bolsonaro, que tinham por objeto atos e condutas considerados hostis à Constituição e a seus princípios, levadas a cabo pelo então presidente e seus apoiadores. Essas ações e inquéritos geraram 231 decisões, entre janeiro de 2019 e dezembro de 2022. A análise do mérito dessas ações justifica apontar o papel central assumido pelo Supremo na defesa da ordem constitucional, ainda que não tenha sido capaz de conter parte do processo de erosão institucional promovido pela gestão Bolsonaro. Mais de 50% das decisões tomadas pelo Supremo nesse contexto se referem à conduta do governo durante a pandemia de COVID-19, somada às investigações e inquéritos relacionados a atos antidemocráticos, como se pode verificar pela figura 5.

Figura 5: Temas das decisões do STF (nas 231 decisões que compõem o universo de pesquisa)



Fonte: Elaboração por Ana Laura Pereira Barbosa, pesquisadora da FGV Direito-SP, a partir das informações oficiais disponibilizadas na página do Planalto: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm> Acesso em: 8 maio. 2023.

6.1 Postura responsiva

A resposta do Supremo Tribunal Federal às investidas do governo Bolsonaro contra direitos fundamentais e políticas públicas de origem constitucional foi robusta. A defesa de grupos vulneráveis, a proteção de órgãos públicos contra tentativas de cooptação e instrumentalização para fins ilegais e, sobretudo, a atuação contundente no período da pandemia, demonstram que o Supremo assumiu uma postura cada vez mais “responsiva” em face da hostilidade à Constituição de 1988.

Logo nos primeiros meses do governo, o Supremo suspendeu a validade de decretos e medidas provisórias que buscavam restringir direitos fundamentais. Impediu a supressão de diversos conselhos de participação social, como o Conselho Nacional dos Direitos da Criança, que haviam sido criados por lei, não podendo ser desmontados por decreto (ADI 621; ADI 622; ADPF 747); obstou a transferência da FUNAI para o Ministério da Agricultura, onde se concentravam as maiores resistências aos direitos indígenas (ADI 6172); defendeu jornais de grande circulação, contra uma tentativa de estrangulá-los financeiramente (ADI 6229); suspendeu efeitos de uma portaria que autorizava o registro tácito de agrotóxicos (ADPF 656 e 658); invalidou diversos decretos editados com a finalidade de flexibilizar o acesso a armas de fogo (ADI 6675 e outras); suspendeu decreto de caráter discriminatório relativo a educação de crianças com necessidades especiais (ADI 6590); suspendeu política de saúde que discriminava a população LGBTQ+ (ADPF 787); restringiu o acesso de grupos religiosos a terras de povos indígenas isolados (ADI 6622); invalidou o decreto que inviabilizou o funcionamento do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (ADPF 607); invalidou medida provisória que permitia licenciamento ambiental simplificado (ADI 6808); e proibiu o contingenciamento de recursos para o Fundo Nacional de Mudanças Climáticas (ADPF 708).

No campo da captura e do emprego das instituições públicas para favorecer interesses do governo de plantão, em confronto com as nor-

mas constitucionais, o Supremo impediu a nomeação de um diretor da Polícia Federal alinhado ao bolsonarismo, o que poderia comprometer a autonomia da instituição para investigar atos do governo (MS 37097); proibiu a elaboração de dossiê, com informações pessoais, voltado a expor e a intimidar críticos de Bolsonaro dentro das forças de segurança (ADPF 722); estabeleceu os devidos contornos interpretativos do artigo 142 da Constituição Federal, deixando claro não cumprir às Forças Armadas qualquer “função moderadora” do sistema político (MI 7311 e ADI 6457); limitou a ação da Polícia Militar em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia (ADPF 635); restringiu o compartilhamento de informações dentro do sistema de inteligência, estabelecendo critérios de interesse público para sua prática (ADI 6529); defendeu a autonomia das universidades federais (ADPF 759; ADI 6565); e restringiu emendas do relator empregadas para a execução do chamado “orçamento secreto” (ADPF 850 e 851), com o objetivo de garantir apoio parlamentar.

A ação mais contundente do Supremo, no entanto, veio em resposta à postura irresponsável, negacionista, anticientífica e, em muitos aspectos cruel, assumida pelo governo Bolsonaro em durante a pandemia do COVID-19, assim como a tentativa do governo federal de impedir que Estados e Municípios pudessem levar a cabo medidas de prevenção ao vírus e proteção da saúde pública.

Desde o início da pandemia o Supremo tomou decisões voltadas a assegurar o acesso à informações relacionadas à emergência sanitária (ADI 6351 e outras); suspendeu a campanha do governo contra políticas de isolamento social estabelecidas por Estados e municípios (ADPF 688; ADPF 689); impôs derrota ao governo federal ao autorizar que os demais entes da federação pudessem conduzir ações e tomar medidas de prevenção e combate ao vírus, estabelecendo, ainda, que o poder público deveria adotar critérios científicos no combate à pandemia (ADI 672); suspendeu medida provisória que flexibilizava a proteção do trabalhador em face da COVID (ADI 6342 e outras); obrigou o Ministério

da Saúde a divulgar dados (ADPF 690); determinou que o governo adotasse um conjunto de medidas para a proteção de populações indígenas (ADPF 709), assim como das populações quilombolas (ADPF 742); derrubou a proibição de obrigatoriedade de uso de máscara (ADPF 715); confirmou o caráter obrigatório da vacinação (ADI 6586 e ADI 6587); liberou a importação de vacinas por Estados e municípios (ADPF 770); obrigou a União a tomar medidas de emergência no caso da crise sanitária instalada em Manaus (ADPF 756); concedeu mandado de segurança determinando a instalação de CPI no Senado Federal sobre a atuação do governo na pandemia (MS 37760); suspendeu portaria do governo federal que proibia a exigência de comprovação de vacinação por empregadores (ADPF 898), assim como despacho do MEC que proibia a exigência de comprovante vacinal para o retorno às aulas (ADPF 756); e não conheceu ADPF proposta pela União para impedir campanha de vacinação de crianças e adolescentes nos Estados (ADPF 756).

Esse conjunto de decisões demonstram que o Supremo não se absteve de controlar abusos e violações de direitos fundamentais por parte do governo Bolsonaro, além de negligência na implementação de políticas públicas de raiz constitucional. Isso não significa, no entanto, que inúmeras questões não tenham passado ao largo do controle judicial, com forte impacto sobre a violação de direitos de grupos vulneráveis e erosão do próprio sistema de aplicação da lei.

6.2. Postura militante

A postura do Supremo Tribunal Federal foi se tornando militante a partir da escalada de ataques ao Tribunal e à democracia que, não encontrando barreira sólida nos mecanismos de controle ordinário de inteligência e aplicação da lei, impôs ao “guardião” da Constituição a necessidade de suprir a omissão de diversas agências de controle, determinando a abertura de uma série de inquéritos de ofício para suprir essas omissões.

Em 14 de março de 2019, invocando o disposto no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o presidente do STF, ministro Dias Toffoli, determinou a instauração de inquérito criminal (Inq. 4.781) com o objetivo de apurar “notícias fraudulentas, conhecidas como Fake News, denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”, nomeando o ministro Alexandre de Moraes para a condução da investigação (Portaria GP no. 69, 14/03/19).

Este pode ser considerado o primeiro passo do Supremo em direção a uma postura de maior combatividade na defesa da sua jurisdição. Embora não invocando explicitamente a expressão “democracia militante”, em sua curta manifestação em plenário voltada a justificar a abertura desse heterodoxo inquérito, Dias Toffoli deixou claro que “não existe democracia sem Judiciário independente e sem imprensa livre”, razão pela qual atos ofensivos e voltados a intimidar o Tribunal não podem passar ilesos.

A decisão do presidente Toffoli foi uma reação a crescentes ameaças e atos de intimidação a membros do Tribunal, assim como a manifestação de membro do Ministério Público, publicada no site O Antagonista, com informações “falsas” e “ofensivas” e “ameaçadoras”, em relação aos membros da Corte. No mesmo contexto de ataques ao Supremo, setores mais radicalizados à direita passaram a propor o impeachment de membros do Tribunal, com foco especial sobre o ministro Gilmar Mendes, em função de seu reposicionamento no caso da Operação Lava Jato.

A abertura desse inquérito, de ofício, gerou uma forte reação da Procuradoria Geral da República, da imprensa e mesmo de setores mais garantistas da comunidade jurídica, na medida em que impôs ato de censura a um meio de comunicação, assim como uma investigação inusitada, dadas as características do sistema acusatório brasileiro.

O partido Rede Sustentabilidade protocolou uma ADPF (ADPF 572) argumentando, em síntese, que o presidente do Supremo, além de invadir competência do Executivo e do Ministério Público, aos quais caberia dar início a uma investigação, estaria violando o princípio do devido processo legal, da liberdade pessoal e de expressão, da legalidade, assim como afrontado o disposto no artigo 5º, XXXVII, que proíbe juízos e tribunais de exceção. Destacou, na inicial, que pessoas jurídicas não poderiam ser “sujeito passivo” de crimes contra a honra, conforme jurisprudência do próprio Supremo, o que tornaria o inquérito destituído de justa causa. Por fim, apontou violação ao princípio do juiz natural, na medida em que o relator, Alexandre de Moraes, foi escolhido pelo presidente do STF para conduzir o inquérito.

A ADPF 572, que teve o ministro Edison Fachin como relator, apenas foi julgada em junho de 2020. Isso levou a que outros atos e ameaças ao Supremo, além daqueles que motivaram a abertura do inquérito 4.781, em março de 2019, entrassem no horizonte desse julgamento. Ao julgar a ADPF 572, o Supremo delineou sua doutrina da democracia militante. Após relatar as manifestações da Procuradoria Geral da República, da Advocacia Geral da União e as informações prestadas pelo ministro Alexandre de Moraes, designado para presidir o inquérito, converteu o julgamento da medida liminar em julgamento de mérito, por considerar suficientemente instruído o processo.

O ministro Fachin analisou em seu voto cada uma das alegadas violações à Constituição, com particular ênfase para as questões relacionadas à liberdade de expressão e à competência do presidente do Supremo para dar início, *ex officio*, a uma investigação criminal. O ponto central do voto do ministro Fachin, no entanto, foi delinear uma justificativa robusta para a postura militante que o Supremo viria a assumir ao longo do governo Bolsonaro:

Nenhuma disposição do texto Constitucional pode ser interpretada ou praticada no sentido de permitir a grupos ou pessoas suprimirem

o gozo e o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Nenhuma disposição pode ser interpretada ou praticada no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo.

Essa ordem de ideias ecoa o que Karl Loewestein chamava de democracia militante (*streitbare Demokratie*), mas, ao invés de simplesmente abolir grupo ou partidos, como às vezes é lida a tese do constitucionalista alemão, elas restringem sua aplicação aos atos que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição, invocando-os a pretexto de ideologia política, visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos.

...

Não há ordem democrática sem o respeito às decisões judiciais. Não há direito que possa justificar o descumprimento de uma decisão judicial da última instância do Poder Judiciário. Afinal, é o Poder Judiciário o órgão responsável por afastar, mesmo contra maiorias constitucionais, quaisquer medidas que suprimam os direitos assegurados na Constituição. São inadmissíveis no Estado de Direito democrático, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal. Não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos. Quem quer que os pratique precisa saber que enfrentará a justiça constitucional. Quem quer que os pratique precisa saber que o Supremo Tribunal Federal não os tolerará.

Embora estabeleça como premissa a “posição de preferência” da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, o ministro argumenta que é necessário admitir a possibilidade de restrição desse direito, quando dele se fizer uso abusivo, que exponha a democracia

a risco efetivo, desde que essa restrição seja colocada em prática de forma excepcional e restrita. Essas hipóteses encontram-se previstas na lei, como aquelas que proíbem o discurso de ódio, o discurso antissemita, a prática de racismo ou pornografia infantil, mas também aqueles discursos que imponham “risco efetivo” às instituições da democracia ou ao regime de direitos fundamentais.

No juízo de deliberação inicial que compreende a instauração do inquérito, penso que o seu objeto deve-se limitar a manifestações que denotam risco efetivo (grifo meu) à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça a seus membros e, assim, risco aos Poderes instituídos, ao Estado de Direito e à democracia. Atentar contra um dos Poderes, incitando o seu fechamento, a morte, a prisão de seus membros, a desobediência a seus atos, o vazamento de informações sigilosas não são, enfim, manifestações protegidas pela liberdade de expressão.

O segundo aspecto militante do voto proferido por Edson Fachin refere-se à possibilidade do presidente do Tribunal dar início a investigação criminal. Para o ministro, a omissão dos demais órgãos de controle, deixaria o sistema constitucional vulnerável a ataques de setores radicais. Logo, o Supremo deveria buscar suprir essa omissão e para isso havia uma autorização legal, prevista no próprio Regimento do STF:

Constata-se, *in casu*, inequívoca ausência de atuação própria dos órgãos de controle com o fim de apurar o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito. Emerge daí a incidência do artigo 43 do RISTF: na omissão dos órgãos de controle, averiguar, no limite da natureza de peça informativa, lesão ou perigo de lesão à independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

Da mesma forma, a exigência de que o crime houvesse sido cometido na “sede” do Supremo, não ofereceria obstáculo, uma vez que “... o caráter difuso dos crimes cometidos por meio da internet... permite estender o conceito de sede do Tribunal...”; tendo os crimes apurados no inquérito natureza formal, embora cometidos no ambiente virtual, “também se consumam” dentro da sede do Supremo.

Na conclusão de seu voto, estabeleceu o ministro Edison Fachin uma série de condicionantes à ação do Supremo, reafirmando a necessidade de se demonstrar “risco efetivo” à jurisdição do Supremo, deixando claro que o exercício da “democracia militante” pelo Tribunal não poderia se dar à margem dos direitos e garantias fundamentais, salientando que:

Não há direito no abuso de direito. O antídoto à intolerância é a legalidade democrática. É preciso precatar-se para que a dose do remédio não o torne um veneno. O dissenso é inerente à democracia. O dissenso intolerável é justamente aquele que visa a impor com violência o consenso.

Nesse sentido, demarca o ministro Fachin que a postura militante na defesa da democracia não pode se dar à margem das estruturas normativas da democracia defensiva brasileira. Há regras e poderes a serem empregados na defesa da democracia. A postura militante indica que essas regras e poderes devem ser empregados de maneira vigorosa e que seus responsáveis devem estar vigilantes, inclusive com as armadilhas que são estabelecidas para neutralizar o sistema de defesa da Constituição, mas jamais fora do campo de proteção dos direitos fundamentais.

Em sintonia com o voto do relator, o ministro Gilmar Mendes construiu um largo argumento sobre o uso abusivo da liberdade de expressão nas redes sociais, feito de forma sistemática e com emprego de robôs, com a finalidade de minar a legitimidade do processo eleitoral e das demais instituições democráticas. De acordo com Gilmar Mendes, esse tipo

de estratégia não pode encontrar proteção no sistema de direitos fundamentais. Também citando diretamente a experiência alemã, afirma:

A Alemanha é caracterizada por muitos como uma democracia militante. Nesse sentido, de acordo com Ronald Krotoszynski: ‘qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental’.

Afirmando que as Cortes Constitucionais têm a obrigação de zelar pela independência de sua própria jurisdição, enfatizou ser imperativo para o Tribunal assumir uma função política:

[...] quando o que está em causa é a substância política da Constituição, o Tribunal Constitucional é legitimado a atuar em pé de igualdade em relação aos demais órgãos constitucionais...

Com exceção do ministro Marco Aurélio, que acatou as diversas impugnações da autora da ADPF, inclusive de que haveria um vício de origem insanável, uma vez que o Supremo teria usurpado função exclusiva do Ministério Público, os demais ministros do Supremo endossaram o voto do relator, ministro Edison Fachin. Essa decisão teve papel fundamental, pois expressou os fundamentos a partir dos quais o STF passou a agir para conter ações antidemocráticas, em um contexto em que os principais órgãos de controle não vinham cumprindo suas tarefas.

Ao inquérito 4.781, de 14 de março de 2019, se sucederam nada menos do que mais oito inquéritos, diretamente relacionados a ataques ao regime democrático e suas instituições. O próprio inquérito 4781 seria renovado, diversas vezes, em face do posicionamento ambíguo da Procuradoria Geral da República durante o governo Bolsonaro.

Nesse inquérito foram abertas várias frentes de investigação, como a que se convencionou chamar de “gabinete do ódio”, que incluiu a

busca e apreensão em endereços de figuras muito próximas ao ex-presidente da República, como o empresário Luciano Hang e o ex-deputado Roberto Jefferson. Foram autorizadas diligências a fim de apurar o vazamento de informações pessoais dos ministros do Supremo; a prisão do deputado federal Daniel Silveira, que seria condenado em 20 de abril de 2022, por defender medidas antidemocráticas e ações violentas contra os ministros do Supremo. O deputado seria posteriormente indultado pelo presidente da República, em claro sinal de afronta à decisão do Supremo. O indulto viria a ser anulado em maio de 2023 pelo STF.

Em 20 de abril de 2020, a pedido da PGR, foi instaurado o inquérito 4828, que ficou conhecido como inquérito dos “atos antidemocráticos”, para apurar fatos ocorridos no dia 19 de abril, em face de “aglomerações de indivíduos diante de quartéis do Exército brasileiro, do qual foram noticiadas pretensões de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais”, que, àquele momento, consistiam em eventuais crimes capitulados pela Lei de Segurança Nacional. Esse mesmo inquérito passou, posteriormente a investigar os disparos de fogos de artifício contra a sede do Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 2020.

Em 28 de abril de 2020, também a pedido da PGR, o Supremo instaurou o inquérito 4831, esse presidido originalmente pelo ministro Celso de Mello e posteriormente pelo ministro Alexandre de Moraes, para apurar as denúncias feitas pelo então ministro da Justiça Sergio Moro, sobre a tentativa de interferência na Polícia Federal por parte do presidente Bolsonaro, para atender interesses de seu governo e de seus familiares.

Nesse inquérito, o ministro Celso de Mello determina a liberação do vídeo da reunião ministerial de 22 de abril de 2020, em que o então ministro da Educação ataca o Supremo e o ministro do Meio ambiente propõe aproveitar a pandemia para “passar a boiada” sobre a legisla-

ção ambiental, além do próprio presidente constranger o ministro da Justiça a aceitar mudança na Polícia Federal, por motivação política.

Em 1º. de julho 2021, foi aberto o inquérito 4.874, após o pedido de arquivamento pela PGR do inquérito 4.828, que tinha por finalidade apurar os atos antidemocráticos. A dificuldade de se insurgir contra os sucessivos pedidos de arquivamento promovidos pelo PGR levou a solução proposta pelo ministro Alexandre de Moraes - referendada pela maioria do Tribunal -, de abrir novos inquéritos, por entender que a omissão da PGR prejudicaria a continuidade das investigações. Impôs-se, dessa forma, um posicionamento militante, voltado a mitigar a captura de agências de controle pelo então presidente da República.

Nesse inquérito foi determinada a prisão de Allan do Santos, blogueiro e youtuber divulgador das ideais radicais de Bolsonaro, que fugiu para os Estados Unidos; o bloqueio de diversas contas bancárias de blogueiros envolvidos em atividades antidemocráticas; assim como foi expedido ofício à empresa Google, para fornecer informações sobre monetização de diversos canais envolvidos em difusão de *fake news*.

Em 10 de novembro de 2021 o ministro Alexandre de Moraes determinou o afastamento do ex-deputado Roberto Jefferson da presidência do PTB, por detectar a existência de indício de que estava empregando a estrutura e os recursos do partido para cometer atividades antidemocráticas, consideradas criminosas. Utiliza, nesse caso, uma das típicas ferramentas da democracia militante, ao intervir em esfera de autonomia partidária.

Em 04 de agosto de 2021, o Supremo determinou, de ofício, a abertura do inquérito 4878, para apurar eventuais delitos cometidos pelo presidente Jair Bolsonaro, a partir de “notitia criminis” encaminhada pelo Tribunal Superior Eleitoral. Bolsonaro teria divulgado em plataformas e redes sociais documentos relativos a uma suposta invasão do sistema e bancos de dados do TSE, com o objetivo de desacreditar

o Tribunal e o processo eleitoral. Estava acompanhado nessa ocasião por um delegado da Polícia Federal e um deputado.

No dia 16 de agosto de 2021, semanas antes das manifestações de 7 de setembro, em que o presidente viria a atacar frontalmente o Supremo, o Tribunal autorizou abertura do inquérito 4879, com o objetivo de apurar a denúncia de que um conjunto de deputados e líderes de caminhoneiros estariam incitando a população a provocar atos de violência contra o Supremo Tribunal Federal e outras instituições constitucionais. Mais uma vez o Supremo iria invocar a gramática da “democracia militante”, ao afirmar que os manifestantes estavam empregando de forma abusiva o direito de liberdade de expressão, reunião e mesmo o direito de greve, ignorando que manifestações não pacíficas, voltadas a constranger as instituições democráticas, não são autorizadas pela Constituição. Nesse inquérito, foram autorizadas diligências para apurar informações de que manifestantes haviam estabelecido recompensa pela “cabeça” de ministros do Supremo e que essas atividades estariam sendo financiadas por um “grande empresário” de Santa Catarina.

Em 3 de dezembro de 2021, o Supremo autorizou a abertura do inquérito 4888, contra a manifestação do PGR, a partir de requerimento da presidência da CPI da Pandemia, que se desenrolava no Senado Federal. De acordo com o relatório final da CPI, o então presidente da República teria incorrido em diversos crimes, que embora não estivessem diretamente associados a atividades democráticas, colocavam em risco a saúde pública da população brasileira.

O caso merece atenção, neste estudo, não apenas pela gravidade da acusação, mas também por reforçar a disposição do Supremo em se contrapor à postura da PGR, que entendia ser desnecessária uma investigação criminal contra Bolsonaro, argumentando que havia uma investigação parlamentar sobre os mesmos fatos. Este caso expôs a tensão aguda existente entre a PGR e o relator do inquérito, que entendeu estar havendo omissão por parte da PGR. Mais uma vez, o

inquérito foi arquivado, mas o relator determinou que a íntegra das investigações fosse encaminhada à Polícia Federal, para que desse continuidade às investigações.

Em 29 de julho de 2022, mais uma vez nas proximidades do 7 de setembro, a Polícia Federal detectou movimentações de grupos antidemocráticos. Em uma decisão de enorme impacto não apenas na mídia, como também em setores empresariais, o ministro Alexandre de Moraes determinou a quebra de sigilo telemático de diversos empresários que participavam de um grupo de WhatsApp, onde circulavam mensagens antidemocráticas. Também nesse período pré 7 de setembro, de 2022, o ministro Alexandre de Moraes determinou a prisão temporária de manifestantes por prática associada ao delito de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito, veiculado pela nova legislação de proteção das instituições democráticas.

Já passada a eleição presidencial de 2022, com a vitória de Lula, o ministro Alexandre de Moraes autorizou uma megaoperação, em 16 de dezembro de 2022, voltada a apurar movimentações que tinham por objetivo impedir a posse do presidente eleito, quando determinou a prisão de suspeitos de tentar implodir um caminhão tanque nas imediações do aeroporto de Brasília para “provocar a intervenção das Forças Armadas”, como assumiu o empresário George Washington de Souza. Determinou ainda a quebra de sigilo bancário e outras medidas em oito Estados da Federação.

Imediatamente após a intentona de 8 de janeiro de 2023, que resultou na invasão e depredação das sedes dos três Poderes da República, no bojo do inquérito 4879, o ministro Alexandre de Moraes determinou o imediato afastamento do governador do Distrito Federal Ibaneis Rocha. Medida polêmica, pois já havia sido decretada intervenção federal no Distrito Federal. Determinou a dissolução, em 24 horas, dos acampamentos golpistas armados nos arredores de quartéis e unidades militares em todo o território nacional.

Moraes também determinou a prisão do ex-ministro da Justiça e então secretário da segurança do Distrito Federal, Anderson Torres, por suspeita de ter participado da organização dos atos, assim pela sua postura omissiva, que teria facilitado a depredação da sede dos poderes. Posteriormente seria encontrado na residência do ex-ministro de Bolsonaro a minuta de um decreto para instaurar o estado de defesa na sede do Tribunal Superior Eleitoral. O referido decreto estabelecia uma Comissão de Regularidade Eleitoral, composta por nada menos que oito “membros do Ministério da Defesa”, que deveria “reestabelecer a lisura” do pleito eleitoral.

Finalmente o ministro Alexandre de Moraes determinou a abertura de três inquéritos, 4.920, 4.921, 4.922, a pedido da PGR, com o objetivo de investigar a responsabilidade daqueles que invadiram e depredaram a sede dos três Poderes da República, daqueles que deram suporte material e financeiro, bem como daqueles que incitaram os atos golpistas de 8 de janeiro, no qual a conduta do ex-presidente Jair Bolsonaro deve ser investigada. Esses inquéritos envolvem o indiciamento de mais de mil pessoas, que começaram a ter suas denúncias recebidas pelo Supremo Tribunal Federal, em face das distintas condutas criminais das quais estão sendo acusadas.

7. Conclusão

A experiência de defesa da democracia constitucional brasileira durante o governo Bolsonaro pode ser considerada exitosa, uma vez que o regime democrático sobreviveu às ameaças e ataques perpetrados por um presidente da República hostil a sua ordem constitucional (BORGES; VIEIRA, 2023). A natureza acentuadamente consensual do modelo constitucional adotado em 1988 dificulta a ação de lideranças que não sejam capazes de angariar apoio de uma sólida coalizão parlamentar, bem como superar o poder que as instâncias jurídicas possuem de invalidar ações e políticas que confrontem as regras básicas da Constituição.

O Congresso Nacional, ainda que majoritariamente conservador, teve um papel essencial ao bloquear alterações no sistema constitucional ou legal que favorecessem uma rápida deterioração das estruturas democráticas no primeiro mandato de Jair Bolsonaro, que foi um presidente impotente *vis-à-vis* o Poder Legislativo. Não conseguiu impor sua agenda e teve mais vetos derrubados que qualquer um dos seus antecessores.

Embora o presidente da Câmara dos Deputados tenha lhe oferecido um escudo contra mais de uma centena de pedidos de impeachment, essa proteção deu-se em troca de um deslocamento do controle sobre parcelas cada vez maiores do orçamento público, para satisfazer as lideranças parlamentares.

O Senado Federal teve um comportamento mais conflitivo com o presidente da República, que culminou com a instauração da CPI do COVID-19, embora isso apenas tenha acontecido após determinação do Supremo Tribunal Federal. O relatório final da CPI imputou uma série de crimes ao presidente e seus auxiliares na condução da pandemia. Até o presente momento essas imputações não se transformaram em qualquer tipo de responsabilização.

O Congresso Nacional deu, por fim, uma contribuição fundamental ao sistema de proteção da democracia brasileira, ao aprovar Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito (a Lei 14.197/21), conferindo ao sistema de justiça bases mais claras para a responsabilização daqueles que atentem contra as instituições democráticas. Apesar de alguns vetos presidenciais, a lei passou a ser imediatamente empregada pelo Supremo Tribunal Federal nos diversos inquéritos voltados a investigar atos antidemocráticos.

A sociedade civil, em clara aliança com a chamada mídia tradicional, também desempenhou um importante papel na defesa da democracia. A aproximação de importantes representações empresariais, como a FIESP e a FEBRABAN, com centrais sindicais, movimentos sociais e organizações da sociedade civil, indicou a existência de uma

rede inusitada de sustentação das instituições e dos processos constitucionais, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o sistema de urnas eletrônicas. Manifestações contundentes de apoio à democracia e de confiança no processo eleitoral brasileiro, feitas pelos governos dos Estados Unidos e de países europeus, também contribuíram para proteger o regime democrático.

É relevante destacar que, apesar da ação insidiosa do presidente e de seus apoiadores, incitando sistematicamente a intervenção militar, prevaleceu a autocontenção no comando das Forças Armadas, que se negou a embarcar na aventura autoritária, ainda que vozes da caserna, muitas delas acomodadas ao lado de Bolsonaro, tenham se deixado seduzir pelas propostas autoritárias do presidente da República.

Nesse contexto desafiador, o Supremo Tribunal Federal ocupou uma posição central tanto na contenção dos ataques ao arcabouço de direitos fundamentais, ao abuso de poder, à tentativa de captura de órgãos de Estado, à irracionalidade e ao obscurantismo na condução da pandemia, como na defesa, propriamente dita, da institucionalidade democrática.

Os ataques sistemáticos à jurisdição constitucional e a alguns dos ministros do STF, que não sofreram oposição das demais instituições de controle, como a Procuradoria Geral da República, tiveram que ser contidos pelo próprio Supremo, suprimindo essas omissões. A postura militante do Supremo manifestou-se pela contundência e proatividade com que exerceu sua função de guardião da Constituição Federal de 1988, empregando em toda a sua latitude a legislação de defesa das instituições do Estado Democrático de Direito.

Ao longo dos últimos quatro anos, o Supremo deixou claro que não abdicaria de sua missão de defender a ordem constitucional democrática, mesmo quando pressionado pelo Executivo, por setores das Forças Armadas ou mesmo pelos segmentos mais radicalizados da opinião pública. A enorme fragmentação e conflituosidade interna do Tribunal, assim como

o declínio na confiança da população em relação ao Tribunal, a partir de 2013 (ICJ FGV Direito SP, 2021), favoreceu um certo ceticismo sobre a capacidade do Supremo colocar os devidos limites a um presidente populista. Mas, como se manifestou o Ministro Luís Roberto Barroso, quando o tema é a defesa da democracia o Supremo se apresenta unido.

Isso não significa que não se possa apontar omissões e erros no exercício de sua função de “guardião” da Constituição. Muitas são as decisões passíveis de críticas e que demandam correções. Mas certamente houve mais acertos do que erros. O volume e a substância da jurisprudência do STF neste período permitem afirmar que o Supremo assumiu de maneira consciente a difícil tarefa de combater ativamente os ataques à democracia perpetrados pelo Executivo e manter um diálogo com o parlamento, com o objetivo de contribuir para a construção de uma alternativa eleitoral ao candidato da extrema direita autoritária e populista.

O Supremo agiu em plena sintonia com o Tribunal Superior Eleitoral, que não apenas defendeu as urnas eletrônicas e o processo de apuração dos ataques do presidente da República e dos militares a ele alinhados, mas também desempenhou um papel essencial na contenção do emprego e difusão de notícias falsas durante o pleito. No exercício de sua competência normativa e de policiamento do processo eleitoral, o órgão editou e aplicou a Resolução TSE no. 23.610/19, que proíbe a “divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos”.

A defesa da democracia brasileira exigiu uma postura militante das instituições constitucionais e da própria sociedade civil, conferindo efetividade às diversas ferramentas de nossa democracia defensiva. Ao Supremo coube um papel central, que apenas foi possível em decorrência do grande número de atribuições e poderes que lhe foram conferidos pela Constituição Federal de 1988, bem como ao modo como esse Tribunal “supremocrático” colocou em prática essas atri-

buições ao longo de sua história recente. Não é trivial que o Supremo não tenha sucumbido no exercício de sua tarefa de defesa da democracia, como ocorreu com muitos outros tribunais ao redor do mundo (ISSACHAROFF, 2015).

A sobrevivência da democracia não pode, no entanto, ficar dependente desse sistema de proteção institucional, por mais robusto que ele seja. As ferramentas da “democracia defensiva”, assim como a “postura militante” daqueles que ocupam as instituições de defesa da democracia, podem contribuir para conter ciclos conjunturais de autoritarismo populista, mas jamais poderão substituir o sistema político propriamente dito, na função de coordenar conflitos políticos e promover soluções para o atendimento das expectativas de bem-estar dos cidadãos dentro de uma sociedade plenamente democrática.

No momento em que a democracia brasileira começa a retornar à normalidade e que as ameaças não mais partem do cerne do poder ou mesmo das Forças Armadas, é fundamental que a postura militante empunhada pelo Supremo Tribunal Federal, durante o governo Bolsonaro, também de contraia, pois, como lembra o ministro Fachin, ao definir os contornos da democracia militante brasileira, “é preciso precatar-se para que a dose do remédio não o torne um veneno”.

Bibliografia

BARBOSA, R.; CASARÕES, G. Statecraft under God: Radical Right Populism meets Christian Nationalism in Bolsonaro's Brazil. *Millennium*, v. 50, n. 3, p. 669–699, 1 jul. 2022.

BAXI, U.; VIEIRA, O; VILJOEN, F. **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**. Pretoria. Pretoria University Press, 2013.

BORGES, A.; VIEIRA, O. V. **Democracia militante e a quadratura do círculo**. *JOTA Info*, 16 fev. 2023. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-quadratura-do-circulo-16022023>>. Acesso em: 15 mar. 2023

COSTA. **Bolsonaro mandou FAB sobrevoar STF para quebrar vidraças, diz Jungmann**. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/bolsonaro-mandou-fab-sobrevoar-stf-para-quebrar-vidracas-diz-jungmann/>>. Acesso em: 8 maio. 2023.

DAHL, R. A. **Democracy and its Critics**. [s.l.] Yale University Press, 1989.

DIAMOND, L. Facing up to the democratic recession. *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1, p. 141–155, 2015.

ELY, J. H. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Nachdr. ed. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1980.

FOLHA DE S. PAULO. **Bastam um soldado e um cabo para fechar STF, disse filho de Bolsonaro em vídeo**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/basta-um-soldado-e-um-cabo-para-fechar-stf-disse-filho-de-bolsonaro-em-video.shtml>>. Acesso em: 8 maio. 2023.

FOLHA DE S. PAULO. **Ato por cartas une sociedade com falas duras pela democracia e contra golpismo de Bolsonaro; siga**. Disponível em: <<https://aovivo.folha.uol.com.br/poder/2022/08/11/6185-cartas-pela-democracia-tem-atos-simultaneos-pelo-pais-siga.shtml>>. Acesso em: 7 maio. 2023.

GRIMM, D. **Past, present and future**. Oxford. Oxford University Press, 2016.

HOLMES, S. **Passions and constraint: on the theory of liberal democracy**. [s.l.] University of Chicago Press, 1995.

HUQ, A.; GINSBURG, T. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 1, p. 78–169, 2018.

ISSACHAROFF, S. **Fragile democracies: contested powers in the era of constitutional courts**. Cambridge. Cambridge University Press, 2015.

LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, p. 189, 2014 2013.

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **How democracies die**. Portland: Broadway Books, 2018.

LIPSET, S. M. Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy. **American Political Science Review**, v. 53, n. 1, p. 69–105, mar. 1959.

LOEWENSTEIN, K. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I. **American Political Science Review**, v. 29, n. 4, p. 571–593, ago. 1935.

LOEWENSTEIN, K. Militant democracy and fundamental rights, I. **American Political Science Review**, v. 31, n. 3, p. 417–432, 1937a.

LOEWENSTEIN, K. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. **American Political Science Review**, v. 31, n. 4, p. 638–658, ago. 1937b.

MAQUIAVEL, N. **Discursos Sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. [s.l.] Sílabo, 2010.

MOUNK, Y. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo Editora Companhia das Letras, 2019.

MÜLLER, J.-W. Citizens as militant democrats, or: just how intolerant should the people be? **Critical Review**, v. 34, n. 1, p. 85–98, 2022.

NOBRE, M. **Limites da democracia: De junho de 2013 ao governo Bolsonaro**. [s.l.] Todavia, 2022.

PONTES, J. G. M. **Democracia militante em tempos de crise**. 26 maio 2020.

POPPER, K. **The Open Society And Its Enemies**. 1. ed. London: Routledge | Taylor & Francis Group, 2011. v. 02 Vol. Set

PRZEWORSKI, A.; LIMONGI, F. Modernization: Theories and Facts. **World Politics**, v. 49, n. 2, p. 155–183, 1997.

RIJPKEMA, B. **Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance**. 1a edição ed. London; New York: Routledge, 2018.

RUEDIGER, M. A.; GRASSI, A. **Desinformação online e eleições no Brasil: a circulação de links sobre a desconfiança no sistema eleitoral brasileiro no facebook e no youtube**. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2020.

SARMENTO, D. OSTF na crise da Democracia brasileira: do lavajatismo à democracia militante.

SCHEPPELE, K. L. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, v. 85, p. 545–583, 2018.

SCHEPPELE, K. L. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, v. 85, p. 545–583, 2018.

VARGAS, M.; FEITOSA, C. **TSE exclui militar de grupo de fiscalização das eleições por divulgar fake news**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/08/tse-exclui-militar-de-grupo-de-fiscalizacao-das-eleicoes-por-divulgar-fake-news.shtml>>. Acesso em: 8 maio. 2023.

VIEIRA, O. V. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008.

VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**. 1a Edição ed. São Paulo, Brazil: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, O. V. **A Constituição e sua reserva de justiça: Uma teoria sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2023.

VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. Populismo Autocrático e Resiliência Constitucional. **Revista Interesse Nacional**, v. 47, p. 66–76, dez. 2019.

VIEIRA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L. P. **Authoritarian infra-legalism: the strategy of the Bolsonaro administration to implement its illiberal agenda without support in the Legislature. in A tool of autocracy or a force of resistance? Deciphering law's place in Brazil under Bolsonaro**. São Paulo: editora FGV, 2023a (no prelo).

VIEIRA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L. P. Infralegalismo autoritário: uma análise do governo Bolsonaro nos dois primeiros anos de governo. Em: GOUVÊA, C. B.; CASTELO BRANCO, P. H. V. B.; CUNHA, B. S. (Eds.). **Democracia, Constitucionalismo e Crises**. 2023b (no prelo).

VIEIRA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L. P. Supremocracia e infralegalismo autoritário: O comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. **Novos estudos CEBRAP**, v. 41, p. 591–605, 9 jan. 2023c.

Plataforma Democrática (www.plataformademocratica.org) é uma iniciativa da Fundação FHC e do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais dedicada a fortalecer a cultura e as instituições democráticas na América Latina, por meio da produção de conhecimento e da promoção do debate pluralista de ideias sobre as transformações da sociedade e da política na região e no mundo. Realiza pesquisas e seminários para estimular o diálogo entre os produtores de conhecimentos e os diferentes atores sociais e políticos sobre temas da atualidade.

Plataforma Democrática oferece uma infraestrutura virtual com uma biblioteca de livre acesso que inclui milhares de textos sobre temas relacionados à democracia na América Latina e um banco de dados sobre instituições de pesquisa na região.

As principais áreas de trabalho da Plataforma Democrática são:

Transformações Geopolíticas Globais e instituições democráticas:

<https://www.plataformademocratica.org/publicacoes#EstadoDemocracia>

<https://www.plataformademocratica.org/publicacoes#CambiosGeopoliticos>

Meios de comunicação e Democracia:

<https://www.plataformademocratica.org/publicacoes#MediosComunicacion>

<https://www.plataformademocratica.org/publicacoes#EnsaioDemocracia>

Sociedade civil e democracia:

<https://www.plataformademocratica.org/publicacoes#CohesionSocial>

Bibliotecas virtuais:

<https://www.plataformademocratica.org/biblioteca>

<https://www.plataformademocratica.org/biblioteca-sociedade>

Coleção Recursos de Pesquisa na Internet:

<https://www.plataformademocratica.org/publicacoes#RecursosPesquisa>