
REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

Editores convidados:

Sandrine Maljean-Dubois

Sophie Lavallée

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 19	n. 1	p. 1-441	abr	2022
--	----------	-------	------	----------	-----	------

Revisão judicial abusiva e a atuação do Supremo Tribunal Federal nas ADPFs entre março de 2020 e fevereiro de 2021*

Abusive judicial review and the role of the Federal Supreme Court in ADPFs between march 2020 and february 2021

Carina Barbosa Gouvêa**

Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco***

Resumo

Populistas usam a mudança constitucional para realizar três funções: desconstruir a antiga ordem institucional, desenvolver um projeto substantivo enraizado em uma crítica dessa ordem e consolidar o seu poder. O grande paradoxo decorrente dessas questões refere-se ao fato de que, diante de um possível legislativo ou executivo populista, os tribunais constitucionais serão aqueles que, em última linha, defenderão o liberalismo político e o sistema democrático ao interpretar os poderes e direitos em um campo do político e jurídico. Como, e de que forma, as Cortes empregam o exercício de seu poder político? A jurisdição constitucional pode exercer uma “revisão judicial abusiva” e legitimar práticas antidemocráticas para consolidar o regime populista, tais como a criminalização da política? Após a extração de seu leque semântico, a pesquisa passa a analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às respostas às Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPFs) entre março de 2020 e fevereiro de 2021 para verificar se o caminho político de exercício de poder do STF a respeito da pandemia da Covid-19 pretende consolidar ou legitimar práticas abusivas dos poderes ou desempenhar um importante papel para a proteção da democracia sob ameaça de retrocesso. A investigação tem sede nos seguintes elementos: doutrina, documentos e decisões oficiais emitidos pelo STF e nas constituições e estudo de casos aplicados ao campo comparativo. A metodologia enfatiza o Direito Comparado e pode ser definido como uma pesquisa político-científica.

Palavras-chave: crises da democracia; jurisdição constitucional; populismos; revisão judicial abusiva; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

Populists use constitutional change to perform three functions: deconstruct the former constitutional order, develop a substantial project rooted in criticism towards such order and consolidate their power. The great paradox that comes from these matters is that, while possibly facing populist legislative

* Recebido em 04/10/2021
Aprovado em 10/02/2022

** Professora do Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE); Pós Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE); Doutora e Mestre em Direito pela UNESA; Vice Presidente da Comissão Especial de Bioética e Biodireito do Conselho Federal da OAB; Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa “Teoria da Separação dos Poderes e Crise do Sistema Democrático Brasileiro vinculado ao PPGD/UFPE; Vice Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional e Direitos Humanos (UFPE), CNPq; Advogada. E-mail: carinagouvea25@gmail.com

*** : Professor associado do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD-UVA). Doutor em Ciência Política (IUPERJ) Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (Puc-Rio). Coordenador do Laboratório de Estudos de Defesa e Segurança Pública da (LEP-DESP-UERJ) E-mail: pvbcastelobranco@iesp.uerj.br

or executive powers, the constitutional courtrooms will be those that, at the end of the day, will defend political liberalism and the democratic system by interpreting the powers and rights in a political and legal field. How do the Courts apply the exercise of their political power? Can the constitutional jurisdiction exercise an “abusive judicial review” and legitimize undemocratic practices to consolidate the populist regime such as the criminalization of politics? This paper goes on to analyze the performance of the Federal Supreme Court (STF) in the responses to Allegations of non-Compliance with Fundamental Precepts (ADPFs) between March 2020 and February 2021 to verify if the political path of the exercise of power by the STF in the Covid-19 pandemic intends to consolidate or legitimize abusive practices of the powers or play an important role in the protection of democracy under the threat of regression. The investigation is based on the following elements: doctrine, documents, and official decisions issued by the STF and on the constitutions and case studies applied in the comparative field. The methodology emphasizes Comparative Law and can be defined as political-legal scientific research.

Keywords: abusive judicial review; constitutional jurisdiction; crises of democracy; Federal Supreme Court; populisms.

1 Introdução: a constitucionalização de direitos e a *judicial review*

A constitucionalização do direito e a *judicial review* tem se tornado uma importante ferramenta para os sistemas políticos democráticos pós-Segunda Grande Guerra. Em pesquisas anteriores, já constatamos¹ que

¹ * Data de submissão: ? .

Data de aprovação: ? .

Ver CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber. *Lua Nova*, n. 99, p. 47-79, 2016. ; GOUVÊA, Carina; DANTAS, Ivo. Os caminhos para o desenvolvimento de uma interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico: abrindo a “sala de máquinas da Constituição”. *AREL FAAR*, Arriquemes, RO, v. 5, n. 1, p. 82-110, 2017. ; GOUVÊA, Carina; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. A incorporação “dos espíritos” do princípio da separação dos poderes de Montesquieu nas constituições, uma resposta para democratização do poder judiciário. *Revista de Ciencia de La Legislación*, n. 6, sep. 2019. Disponível em: https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=95f4e4329c16aa5702b8663c71d990c8&hash_t=ba6e5fd611baf3c0d2ed867ca16a9eef#indice_0. Acesso em: 06 set. 2009. ; GOUVÊA,

é crescente a crença na efetividade de direitos fundamentais e a fé na atividade de órgãos jurisdicionais comprometidos em responder às exigências provenientes do acelerado fluxo de fatos presentes na realidade empírica. A maioria dos sistemas políticos prevê, em sua carta fundamental, uma forma de revisão que consagra a *judicial review* por meio dos tribunais, que têm emergido como tradutores de disposições constitucionais fundamentais para a orientação do viver constitucional². Esse tráfego de ideias tem sido acompanhado pelo aumento do que pode ser chamado de discurso universal, principalmente visível no contexto dos direitos e liberdades.

Essa versão do “constitucionalismo jurídico” pretendia, em última análise, empreender a correção ou o aperfeiçoamento do político, entendendo, dentre outros fundamentos, que, mesmo que se tenham mecanismos destinados a empreender a constrição do poder nos sistemas políticos, estes poderão estar limitados, mas não necessariamente orientados à concretização da justiça, já que funcionariam como cláusulas adicionais da constrição do poder, não sendo somente um modo de exercício, mas o objetivo que se persegue quanto ao seu desempenho. Foi uma forma desenhada para proteger as minorias da tirania das maiorias³. A doutrina constitucional contemporânea conseguiu criar todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico ao custo de renunciar aos componentes políticos, que foram reduzidos ao poder constituinte. A jurisdição constitucional alcançou um grau de responsabilidade, tornando-se a garantidora da adequada aplicação da normatividade do sistema⁴.

A crítica de Bellamy⁵ se centra na maneira como a democracia constitucional foi concebida, no constitucionalismo clássico ou jurídico, que conduz ao provimento de seu sentido como uma “lei superior mantida pelos Tribunais Constitucionais”. Há, ainda, alguns

Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

² HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 1-12, 2013.

³ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 309, 2005.

⁴ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista, Cultura e Política*, n. 61, p. 19, 2004.

⁵ BELLAMY, Richard. Constitutionalism and democracy. *International Library of Essays in Law and Legal Theory - Second Series*, p. 11-68, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492. Acesso em: 08 jun. 2013.

estudiosos⁶ que questionam a legitimidade dessas decisões, uma vez que nem o tribunal pratica o ideal deliberativo. Essa problemática, atualmente, se traduz com base na perspectiva estritamente jurídica, o que pode refletir uma moldura em abstrato que tecerá o comportamento das pessoas, desconhecendo a relação política ou de como as conexões se dão naquela sociedade dentro de seu universo dinâmico⁷.

Nesse cenário de erupções, as pesquisas de Hirschl⁸ indicam que o mundo tem testemunhado uma transição rápida para uma *juristocracia*. O termo unifica, de forma proposital, “jurisdição” e “autocracia” e conjuga alguns signos que se decantaram nos atuais sistemas políticos constitucionais democráticos, indicando que mais de oitenta países, e em muitas unidades subnacionais, reformas ou substituições constitucionais têm transferido uma quantidade inédita de poder de instituições representativas para o judiciário. Para o autor, o fortalecimento do poder judiciário por meio da constitucionalização de direitos e do estabelecimento da revisão judicial parece ser largamente aceito como manifestação comum do constitucionalismo contemporâneo.

A crença de que o poder judiciário constitui uma força de mudança social livre das amarras do poder político alcançou um *status* quase sagrado na discussão pública;

Cortes Constitucionais e Tribunais tem se tornado corpos cruciais de tomada de decisões políticas;

O princípio da regra da maioria acopla um genuíno compromisso político com a profunda, autovinculante proteção dos direitos básicos e liberdades civis em uma tentativa de proteger grupos vulneráveis e indivíduos da potencial tirania das maiorias políticas.

Sete cenários de constitucionalização, conforme Hirschl⁹, dos direitos e do estabelecimento da revisão judicial, têm sido comumente identificados no período pós-Segunda Guerra.

Na *onda da reconstrução*, o fortalecimento do poder judiciário constituiu um produto da reconstrução da democracia no escudo da Segunda Guerra Mundial, marcando uma dramática multiplicação dos regimes democráticos. Com a ajuda de seus aliados, os Estados Unidos impuseram a democracia na Alemanha Ocidental, Áustria, Itália e Japão. Na Alemanha, houve a adoção da Lei Fundamental de 1949 e o estabelecimento da Corte Constitucional Federal; na Áustria, o Supremo Tribunal representa a última instância nos processos cíveis e criminais; na Itália, em 1948, houve a introdução de uma nova constituição e a consequente implementação da Corte Constitucional Italiana; no Japão, houve a introdução, em 1946, de uma constituição revista.

No *cenário independência*, em que a constitucionalização e a revisão judicial fizeram parte do processo de descolonização, uma onda importante ocorreu como parte desse processo, cuja ênfase girava em torno da criação de novos Estados soberanos. A escolha do procedimento foi parcialmente influenciada por fatores domésticos como a complexidade e a diversidade da sociedade. Coincidentemente, o processo de descolonização seguiu o seu caminho com as nações recentemente independentes, inicialmente adotando uma forma de política dos poderes imperiais. Em alguns casos, como a Índia, Israel, Ceilão e as Filipinas, a forma de democracia foi acompanhada pelo seu conteúdo substancial. Outros países, como a Turquia e alguns estados da América Latina, seguiram os modelos políticos dos poderes ocidentais vitoriosos.

No *cenário de transição única*, percebe-se que, nesse ponto, a constitucionalização de direitos e o estabelecimento da revisão judicial são subprodutos de uma quase democracia ou de um regime autoritário para a democracia. Observa-se que, para um dos maiores provedores de Direitos Humanos no mundo, a Organização das Nações Unidas (ONU), os governos autoritários recorrem com demasiada frequência à intimidação e à violência para reprimir o desentendimento interno.

⁶ Ver, por exemplo, EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Sage, 1997., que discute as decisões estratégicas para fazer justiça às preferências dos colegas. MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. *Crafting law on the Supreme Court: the collegial game*. Cambridge University Press, 2000. LAX, Jeffrey R.; CAMERON, Charles M. *Beyond the median voter: bargaining and law in the Supreme Court*. Typescript. Columbia University, 2005. p. 1-23; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-463, 2008.

⁷ GOUVÊA, Carina; DANTAS, Ivo. Os caminhos para o desenvolvimento de uma interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico: abrindo a “sala de máquinas da Constituição”. *AREL FAAR*, Ariquemes, RO, v. 5, n. 1, p. 82-110, 2017.

⁸ Ver HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020.

⁹ Ver HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020. p. 38-40.

Eles tendem a rechaçar as instituições, as liberdades e o poder judiciário independente¹⁰.

Como exemplo, a África do Sul adotou uma Carta de Direitos provisória em 1993, tornando-se definitiva em 1996, após um longo processo de negociação na Corte Constitucional — o que fazia parte de sua transição para uma completa democracia. Quase todas as democracias da Europa meridional (como Grécia em 1975, Portugal em 1976 e Espanha em 1978) e na América Latina (como Nicarágua em 1987, Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Peru em 1993 e Bolívia em 1994) adotaram cartas de direitos fundamentais como parte das respectivas novas constituições, estabelecendo, de alguma forma, uma revisão judicial ativa.

No *cenário de transição dual*, a observação realizada é a de que a constitucionalização é parte de uma transição para um modelo democrático do tipo ocidental e de economia de mercado. A ONU entende que a democracia engloba, em seu bojo, a forja de uma carta assenhorada de direitos e garantias; contribui para a preservação da paz e da segurança; assegura a justiça e os direitos humanos e promove o desenvolvimento econômico e social¹¹. Essa orientação, com vistas a construir a democratização, de acordo com a ONU, alinha-se ao tema de construção de uma “governabilidade democrática”¹², que é base para que as políticas econômicas e sociais respondam às aspirações das pessoas que visam à erradicação da pobreza e à expansão das escolhas e deve respeitar as necessidades das gerações futuras. Nesse cenário, incluem-se as numerosas revoluções constitucio-

nais nos países pós-comunistas ou pós-soviéticos, como o estabelecimento do Tribunal Constitucional Polonês em 1986, a Corte Constitucional Húngara em 1989-1990 e a Corte Constitucional Russa em 1991.

No *cenário da incorporação*, a constitucionalização é associada à incorporação de padrões legais internacionais, trans ou supranacionais, ao direito doméstico. A onda de democratização pretende promover, sistematicamente, o cumprimento das constituições com o compromisso de efetivar os Direitos Humanos previstos nas normas de direito internacional¹³. Para a ONU, a comunidade internacional, inclusive as suas agências, devem interferir quando um projeto de constituição ou de lei fundamental não está em conformidade com essas normas, especialmente no que diz respeito à administração da justiça, da justiça de transição, dos sistemas eleitorais e uma série de outras questões devendo, para isso, envolver os atores nacionais em um diálogo e explicar as obrigações do país para com o direito internacional e as maneiras de como essas previsões devem ser atendidas nas cartas. Esses incentivos visam assegurar os direitos dos grupos sujeitos à marginalização e à discriminação no campo doméstico, incluindo mulheres, crianças, minorias, povos indígenas, refugiados, apátridas e deslocados. São exemplos a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) pela Dinamarca em 1993 e pela Suécia em 1995.

No *cenário de nenhuma transição aparente*, as reformas constitucionais não foram acompanhadas por mudanças fundamentais quer no regime econômico, quer no regime político. A revolução constitucional e o correspondente estabelecimento de revisão judicial ativa na Suécia em 1979 e no México em 1994, a adoção de duas Leis Básicas em Israel protegendo um número de direitos e liberdades fundamentais e a adoção da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá.

Os sete pontos apresentados são capazes de nos conduzir ao campo de testes para identificar as origens políticas e as consequências da constitucionalização de direitos e do fortalecimento da revisão judicial, porque são capazes de guiar a análise das profundas reformas constitucionais por meio das quais será possível separar as origens políticas da constitucionalização e o fortaleci-

¹⁰ GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 97.

¹¹ BOUTROS-GHALI, Boutros. *An agenda for democratization*. United Nations: New York, 1996. p. 4-6.

¹² A governabilidade democrática tem íntima relação com a definição de “boa administração”. Para Valle, um direito fundamental à boa administração haverá de compreender, em decorrência da função protetiva, um espaço isento da atuação dos titulares, os quais, livres de quaisquer interferências, têm o direito de formular as próprias escolhas; a garantia da intervenção individual na formação da vontade dos poderes públicos; e as condições propiciadas pelos poderes públicos para superar condição pessoal que os impeça de exercer valores de moralidade privada. Portanto, democratizar a administração pública exige implementar a reflexão sobre a governança, a partir da perspectiva participativa, inclusiva e procedimental. Compreenderá a “orientação à construção da cidadania, à ampliação da esfera pública de decisão” que só se alcança “a partir da presença efetiva da cidadania como coautora das escolhas públicas” em VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 133.

¹³ GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 111.

mento do judiciário. Será possível mapear os efeitos de seus impactos, inclusive identificando as suas mudanças na interpretação judicial e na judicialização da política.

Para Hirschl¹⁴, as hipóteses têm sido pouco exploradas no campo da pesquisa. Quais as credenciais democráticas do constitucionalismo e da revisão judicial, de natureza empírica e indutiva? Qual a natureza de seu resultado substantivo? Quais os vetores sócio-políticos concretos relacionados aos específicos incidentes de constitucionalização? Eles poderiam produzir *insights* iluminadores sobre as questionáveis credenciais democráticas da constitucionalização e da revisão judicial abusiva?

A constitucionalização dos direitos nas cartas fundamentais e a proteção desses direitos transferiram, voluntariamente, parte de seus poderes de Estado ao judiciário¹⁵. Os Tribunais têm sido conceituados como a última linha de defesa para a democracia constitucional liberal contra a governança populista ou autoritária¹⁶. Nesse sentido, desempenharão um importante papel para proteção da democracia sob ameaça de retrocesso ou não.

A problematização, com base no objeto, adota um perfil dogmático e é promovida por meio de um olhar interdisciplinar e comparado. A investigação tem sede nos seguintes elementos: doutrina, documentos e decisões oficiais emitidos pelo STF e nas constituições e estudo de casos aplicados no campo comparativo. A metodologia enfatiza o Direito Comparado e pode ser definido como uma pesquisa político-jurídico científica. É empreendido, no decorrer da pesquisa, estudo de casos de modo a experimentar as hipóteses com o objetivo de explicar, explorar e descrever os fenômenos inseridos no próprio contexto.

2 Populismos entre a política e o sistema político

Recentes definições acadêmicas que envolvem o estudo do “constitucionalismo populista”¹⁷ e exemplos de

seu uso têm o fim de demonstrar que há uma conexão entre populismos¹⁸, a consolidação do poder populista e a mudança constitucional. Nesse sentido, para Landau¹⁹, “os populistas” usam a mudança constitucional para realizar funções diferentes, dentre elas a desconstrução da antiga ordem constitucional, desenvolvendo um projeto substantivo enraizado em uma crítica dessa ordem, mas voltado para a mudança constitucional. O acesso às ferramentas de mudança pode acentuar a promessa de populismos, ou seja, mudanças com propósitos “corretivos” para amenizar as crises decorrentes do Estado de Direito nas democracias liberais.

O surgimento de líderes populistas na história do constitucionalismo é antigo. Contudo, o surgimento de líderes políticos populistas contemporâneos no Ocidente — tais como Marine Le Pen, que foi candidata

mílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. ; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno. (org.). *Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. ; AKKERMAN, Tjitske. Populism and democracy: challenge or pathology?. *Acta Politica*, v. 38, n. 2, p. 147-159, 2003. ; CURTIS, Michael Kent. Judicial review and populism. *Wake Forest L. Rev.*, v. 38, p. 313-373, 2003. ; BALKIN, Jack M. Populism and progressivism as constitutional categories (1995). *Yale Law Journal*, v. 104, p. 1935-2008, 1946. ; BENVINDO, Juliano Zaiden; GONÇALVES ACUNHA, Fernando José. Brazilian democratic decay and the fear of the people. *Int'l J. Const. L. Blog*, jun. 2017. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2017/06/brazilian-democratic-decay-and-the-fear-of-the-people/>. Acesso em: 26 jun. 2018. ; FRANKLIN, David L. Popular constitutionalism as presidential constitutionalism. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 81, p. 101-121, 2006. ; GARDBAUM, Stephen; PILDES, Richard. Populism and democratic institutional design: methods of selecting candidates for chief executive in the United States and other democracies. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, n. 17-46, p. 1-64, 2017. ; LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. ; MAIR, Peter. Populist democracy vs party democracy. In: MÉNY, Yves; SUREL, Yves. *Democracies and the populist challenge*. London, UK: Palgrave Macmillan, 2002. p. 81-98. ; NOWLIN, Jack Wade. The judicial restraint amendment: populist constitutional reform in the spirit of the bill of rights. *Notre Dame L. Rev.*, v. 78, p. 171-280, 2002. ; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; GOMEZ, Krizna. (ed.). *Rising to the populist challenge*. Colombia: Dejusticia, 2018. ; SCHOLTES, Julian. The complacency of legality: constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power. *EUI Working Paper Law*, n. 07, 2018. ; SOMIN, Ilya. The tea party movement and popular constitutionalism. *Nw. L. Rev. Colloquy*, v. 105, p. 300-314, 2010. ; WALKER, Neil. Populism and constitutional tension. *University of Edinburgh School of Law Research Paper*, n. 18, p. 2-22, 2018.

¹⁸ A definição teórica de populismos será realizada por meio do olhar de GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

¹⁹ LANDAU, David. Populist Constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 521.

¹⁴ HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020.

¹⁵ HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020. p. 9.

¹⁶ ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional courts and democratic hedging. *Geo. L.J.*, v. 99, p. 961, 2010.

¹⁷ GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Her-

à presidência da França em 2012, Donald Trump, ex-presidente dos Estados Unidos da América eleito em 2016 e Jair Messias Bolsonaro, eleito em 2018 no Brasil — trouxe ao estudo da ciência política e do constitucionalismo populista duas preocupações centrais: alguns teóricos enfatizam uma promessa de rejuvenescimento constitucional; já outros se inclinam a afirmar a ameaça da erosão constitucional.

O constitucionalismo populista investe nas formas de explorar as maneiras pelas quais os populistas usam essas ferramentas de mudança constitucional, bem como quando empregam o exercício de poder por meio de seus movimentos. Para Landau²⁰, se o populismo é definido como uma ideologia que divide o mundo em dois grupos antagonistas, de um lado os que são representantes do povo e do outro lado uma elite corrupta, então há uma relação de larga escala entre ideologia política e constitucional na mudança que irá refundará a ordem política e social por meio de seus líderes.

É importante ressaltar que o populismo é um conceito contestado²¹. A ideia central deste trabalho não se fundamenta na adoção de um conjunto particular de políticas econômicas ou verificar se o populismo se enquadra em uma concepção particular de uma determinada classe econômica, porque essas classificações identificam, apenas, as instâncias dadas aos populismos em vez de analisar um fenômeno mais amplo.

De acordo com Müller²², o populismo envolve uma “imaginação moralista da política” e isso estabelece um “povo moralmente puro e totalmente unificado”, mas funcional e que luta contra as elites que são consideradas corruptas ou, de alguma forma, moralmente inferiores. Consequentemente, segundo o autor, os populistas são antipluralistas. O populismo só pode representar o povo que, para ser unificado, deve excluir todos aqueles que não se encaixam: elites, minorias, agentes de assistência social, multiculturalistas. Ainda, segundo Müller, os populistas pensam que a vontade do povo vem sendo “traída” e eles, os populistas, estão dispostos a restaurar o seu lugar de direito no centro da tomada de decisão política, mesmo que isso envolva meios antidemocráticos, antiliberais e inconstitucionais.

²⁰ LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 522.

²¹ GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

²² MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?*. London, UK: Penguin, 2017. p. 19-20.

De fato, conclui o autor, os populistas, uma vez no poder, estão inclinados a colonizar o Estado e o judiciário com os seus partidários, envolver-se no clientelismo em troca de amplo apoio político e suprimir a oposição dentro da sociedade civil para manter a ilusão de um povo unificado²³.

Segundo Kazin²⁴, historiadores norte-americanos identificaram que tanto a direita como a esquerda possuem variantes populistas ao longo do tempo político. Juntos, esses critérios específicos produzem uma lista de populistas históricos e contemporâneos. Temos, como exemplos, Viktor Orbán da Hungria; Hugo Chávez da Venezuela; George Wallace, Governador do Alabama; Recep Tayyip Erdogan da Turquia; Donald Trump dos Estados Unidos da América; Geert Wilders dos Países Baixos; Jair Messias Bolsonaro no Brasil, dentre outros. Essa natureza populista se difere, amplamente, por meio de diferentes variáveis do populismo. Por exemplo, para Müller²⁵, estudiosos do constitucionalismo latino-americano observaram uma série de ondas ou variantes do populismo: projetos populistas tradicionais que focam na incorporação política e na igualdade econômica contra uma elite oligárquica; populistas neoliberais que aprovaram privatizações e reformas econômicas estruturais, com argumentos contra a “elite corrupta”; e ainda populistas que enfatizaram a participação política, a justiça socioeconômica e a inclusão de grupos minoritários contra um desenho institucional que privilegia aqueles poucos que detêm o controle do poder econômico e político.

Para Landau²⁶, o populismo pretende desconstruir o regime existente, servindo como uma crítica ideológica que promete superar as falhas da ordem constitucional anterior. Dessa forma, constituições populistas podem ser vistas como projetos nascidos de uma crítica de experiências nacionais com a democracia liberal.

A liderança populista pode superar as deficiências nas democracias liberais existentes e/ou ajudar a trazer novas forças políticas anteriormente marginalizadas²⁷.

²³ MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?*. London, UK: Penguin, 2017. p. 44-49.

²⁴ KAZIN, Michael. *The populist persuasion: an american history*. Cornell University Press, 1998.

²⁵ MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?*. London, UK: Penguin, 2017. p. 50-51.

²⁶ LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 524.

²⁷ MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. Populism and (liberal) democracy: a framework for analysis. *Populism in Europe and*

Nesse sentido, pode contribuir para a transição de um regime autoritário para um ambiente mais plural, auxiliando, ainda, no rejuvenescimento de uma sociedade estagnada²⁸. Apresentam-se alguns exemplos: na América Latina, o discurso constitucional populista respondeu a padrões históricos de desigualdade socioeconômica, elitismo e exclusão; a Constituição de 1999 da Venezuela se posicionou com forte ênfase na participação e criou novos mecanismos de controle de poder que poderiam ser usados contra o presidente; a Constituição Equatoriana, escrita sob o regime de Rafael Correa (de 2007 a 2017), é extraordinariamente rica em direitos, conteúdo, em especial, direitos ambientais e socioeconômicos em ampla escala; a constituição Boliviana de 2009 criou novas formas de participação popular, definindo o Estado boliviano como “plurinacional” e concedeu um extenso conjunto de direitos e autonomia aos grupos indígenas, fruto de uma exclusão histórica e de repressão a estes grupos. De acordo com Landau²⁹, em todos esses contextos, a Constituição respondeu aos padrões de desigualdade e exclusão históricas que marcaram as histórias constitucionais desses países.

O interessante a respeito de constituições populistas é que elas são multifacetadas e podem apoiar ambos os lados dessa dicotomia: atuam tanto como críticas às ordens constitucionais anteriores, consolidando, assim, uma nova era de reconhecimentos, inclusão e direitos, bem como podem ser utilizadas como instrumento por líderes populistas para consolidar o seu próprio poder e minar os controles políticos de sua autoridade.

Torna-se pertinente, dessa maneira, a observação de Laclau³⁰, que argumentou que os populistas operam com uma lógica política que procura agregar um grande número de demandas sociais e políticas e resolvê-las por meio da dicotomia popular-elite. A agregação de muitas demandas de diferentes setores sociais aponta para uma resposta mais sistêmica, ao contrário dos mecanismos de políticas comuns.

Projetos populistas podem focar na centralização do poder no executivo, no legislativo ou no judiciário. Essas instâncias que representam mudança de sentido constitucional podem tender a consolidar o poder dos

incumbentes, corroer a separação dos poderes e enfraquecer as proteções das minorias ou grupos de oposição.

Os desafios enfrentados para combater a erosão que está ocorrendo dentro dos Estados democráticos estão alimentando o surgimento de líderes populistas que apelam para o sentimento anti-imigrante e negligenciam as liberdades civis e políticas fundamentais³¹. Populistas de direita ganharam votos e cadeiras parlamentares na França, Holanda, Alemanha e Áustria em 2017. O centrista Emmanuel Macron venceu com folga a presidência francesa, mas, na Alemanha e na Holanda, os principais partidos lutaram para criar coalizões governamentais estáveis. Talvez o pior de tudo, e o mais preocupante para o futuro, os jovens, que têm pouca lembrança das longas lutas contra o fascismo e o comunismo, podem estar perdendo a fé e o interesse pelo projeto democrático³² — a própria ideia de democracia e sua promoção, para Abramowitz³³, têm sido maculadas, contribuindo para uma apatia preocupante.

Todas as formas de governo são tipos ideais e só se pode constatá-los por aproximação, por variáveis, conforme Gouvêa e Castelo Branco³⁴. Os autores consideram que populismos têm natureza conceitual-instrumental e podem ser definidos como iliberalismo democrático com propriedades variáveis. Decanta-se por meio de movimentos formais e/ou informais, de forma direta ou indireta no sistema democrático por um líder carismático que representa e conduz uma força *antistablishment*, repousando suas crenças em instituições morais e éticas com a finalidade de consolidar e legitimar um regime político populista sob o manto da soberania popular e da democracia. O populismo, segundo os autores, para além de sua definição, possui propriedades variáveis³⁵. Esses fatores surgem de modo mutável no

the Americas: threat or corrective for democracy, p. 1-26, 2012.

²⁸ LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 525.

²⁹ LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 529-530.

³⁰ LACLAU, Ernesto. *On populist reason*. Verso, 2005. p. 77-78.

³¹ GOUVÊA, Carina Barbosa. *A categoria teórico-abstrata do poder constituinte híbrido e a crise dos sistemas democráticos: materializando novos sentidos para a internacionalização do poder constituinte originário*. 2019. Tese (Pós-Doutorado) Relatório Final de Estágio Pós-Doutoral - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

³² ABRAMOWITZ, Michael. Democracy in crisis. *Freedom house*, 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>. Acesso em: 24 maio 2018.

³³ ABRAMOWITZ, Michael. Democracy in crisis. *Freedom house*, 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>. Acesso em: 24 maio 2018.

³⁴ GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 99.

³⁵ As propriedades variáveis podem ser manifestadas por meio das

contexto cultural político e devem ser frutuosa e analisados ao nível empírico para uma melhor compreensão do fenômeno de populismo. Ressalta-se que o indivíduo, líder partidário, sistema partidário ou sistema político não reconhecem a pluralidade das divisões sociais, a moderação política e o consenso. Essas variáveis³⁶ se decantam por meio dos movimentos formais e informais de forma direta ou indireta no campo do liberalismo democrático³⁷.

3 Revisão judicial abusiva

Os Tribunais Constitucionais, no manifesto das ondas populistas, desempenham um papel crucial³⁸. Tushnet³⁹ sugere uma “strong form” judicial review que não podem ser alteradas pelo parlamento. Para ele, esse mecanismo engessa uma declaração judicial que se refere às disposições substantivas da constituição e que terão um peso importante para o processo político. A

mobilizações políticas culturais e ideológicas distintas; da intimidação à imprensa livre; da rejeição dos resultados das eleições; do enfraquecimento e ataques às salvaguardas institucionais; da utilização maciça dos serviços de inteligência e de controle de dados e vigilância; da polarização da política sectária por líderes carismáticos; da rotinização do carisma; dos discursos retóricos e demagogos como particulares estilos de comunicação extremista; do comportamento antidemocrático; do uso retórico de políticas e ações governamentais; da exploração do sentimento popular de descrédito nas instituições; da pauta e agenda política segregacionista; do uso sistemático do ambiente midiático em plataformas sociais como WhatsApp, Twitter, Facebook; do uso e impulsionamento desenfreado de desinformações e fake news; da subversão do processo constitucional e da rejeição das regras do jogo; da tolerância ou encorajamento à violência; do uso excessivo de referendos; da propensão à restrição das liberdades e da cultura; do uso do moralismo político e religioso; da política mítica; do órgão de fiscalização politizado; da governança populista do uso do poder militar na política e da “militarização da política”, dentre outros comportamentos que se enquadrem nos princípios antidemocráticos e iliberais.

³⁶ Essas variáveis foram extraídas da vasta literatura que gira no entorno de populismo e não constituem um rol terminativo. Para maiores informações, consulte as referências. Ver GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

³⁷ GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 100.

³⁸ GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 175.

³⁹ TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social assistance rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2009. p. 18.

linguagem do direito representa um elemento extra para a proteção constitucional.

As Cortes Constitucionais, em vários lugares do mundo, têm reconhecido o grande déficit democrático que advém do bloqueio institucional do executivo e a omissão legislativa, o que gera o aumento da crise institucional no campo da política e do jurídico. Com o fim de compensar essa carência, procuram por si próprios dirimir ou minimizar a situação, com base em respostas descoordenadas, simplistas solipsistas, que podem levar a condenações públicas e/ou ao afastamento de governos ou propostas populistas. As possibilidades, de acordo com Gouvêa e Castelo Branco⁴⁰, de tentar minimizar essa prática podem ser construídas com base em inúmeros mecanismos a serem desenvolvidos pelo sistema constitucional por meio da estrutura do próprio sistema democrático que fornece inúmeras formas de construção de diálogo e cooperação entre as instituições e a sociedade civil; na atribuição de responsabilidade política ao executivo, legislativo e judiciário; no desenvolvimento e materialização de pactos federativos; dentre outros.

Porém, é possível vislumbrar um novo caminho: os Tribunais podem desviar seu rumo dos princípios democráticos e materializar uma revisão judicial abusiva de modo a favorecer o movimento populista? As pesquisas de Landau e Dixon⁴¹ evidenciaram que não é incomum juízes, Tribunais ou Cortes emitirem decisões que atacam, intencionalmente, o núcleo dos princípios liberais democráticos e legitimam práticas antidemocráticas e iliberais do executivo ou legislativo. Banimento de partidos de oposição no jogo democrático, eliminação dos limites dos mandatos presidenciais, repressão às instituições da oposição, criminalização da política representam alguns campos de irradiação de efeitos que favorecerem o exercício do poder político abusivo pela jurisdição.

Líderes autoritários e populistas, às vezes, capturam ou cooptam os Tribunais ou Cortes Constitucionais com o intuito de tornar mais amplo e legítimo o espectro de

⁴⁰ GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 175.

⁴¹ LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019. ; TAYLOR, Telford. Judicial protection against abusive practices: judicial review of legislative investigations. *Notre Dame Law*, v. 29, p. 242, 1953.

sua governança à degradação do sistema democrático, tais como: suspensão das garantias legais, como vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade no exercício de seus poderes; remoção, demissão, imposição de aposentadoria compulsória, pôr em disponibilidade mediante decreto; excluir da apreciação e do controle do judiciário todos os atos realizados pelo executivo no estado de exceção; reformar ou substituir a lei fundamental de modo a minar as suas competências. Os Tribunais costumam desfrutar de certo grau de legitimidade, uma vez que não são constituídos por representantes políticos, que tornam o seu exercício iliberal ou antidemocrático mais difícil de detectar e responder ao controle político e jurídico tanto internamente quanto externamente.

Os sistemas políticos das nações recém-democratizadas têm transitado nos liames entre democracia e autocracia. Esses sentidos pertencem a uma imensa zona cinza de ambiguidades e podem ser medidos por graus, já que nenhum sistema é totalmente justo, legítimo e democrático, mas podem satisfazer a maior parte das condições estabelecidas pelo sistema democrático.

O regime autoritário pode ser caracterizado quando: a autoridade governamental é arbitrária; não é limitado por leis, eleições ou votos; impõe a obediência à custa da liberdade do Estado de Direito ou outros princípios democráticos; há deficiências no pluralismo político; fracas instituições democráticas; direitos fundamentais negados e inexecutáveis; não há sistema de freios e contrapesos. Valores completamente rivais aos da democracia. Nesse sentido, os países da Coreia do Norte, Arábia Saudita e China são considerados sob a égide do regime autoritário⁴².

Por exemplo, as democracias emergentes, como a do Timor-Leste, Camboja, Haiti, estão em pleno desenvolvimento, ou seja, retrocedendo e avançando nos standards do constitucionalismo liberal democrático e se pode falar em uma divisão bipolar entre democracia-autoritarismo. Nesse sentido, a doutrina tem expressado esse desvio do padrão democrático⁴³, enquanto

degradação da democracia⁴⁴, retrocesso⁴⁵, decadência⁴⁶, morte⁴⁷.

A democracia liberal e populista se difere do autoritarismo. Autoritarismo representa um sistema político tanto de esquerda quando de direita, não democrático que aparece sob diferentes formas no sistema político autoritário: de forma civil, militar, ideológico, tecnocrático. O populismo, porém, permanecendo sem freios no sistema democrático, pode se inclinar para a autocracia e/ou populista.

Nas teorias políticas contemporâneas que ressaltam a tradição democrática-liberal, as características do desenho institucional tendem a se resolver e a se esgotar em um elenco mais ou menos amplo, como: (1) o órgão político máximo é desempenhado pela função legislativa e deve ser composto pelos membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições periódicas; (2) junto do órgão legislativo, deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado; (3) abertura ampla aos cidadãos para exercerem os direitos políticos, desde que atingida a maioria; (4) os eleitores possuem votos iguais; liberdade pela escolha de seus dirigentes, segundo sua própria opinião, em uma disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; (5) exclui-se como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada; (6) vale o Princípio da Maioria Numérica, podendo ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidades não definidos de uma vez para sempre; (7) nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, especialmente o direito de se tornar minoria em paridade de condições; (8) órgão do governo deve gozar de confiança do parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo⁴⁸.

⁴⁴ DIAMOND, Larry *et al.* Developing democracy: toward consolidation. *JHU Press*, 1999.

⁴⁵ HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA L. Rev.*, v. 65, p. 78, 2018.

⁴⁶ DALY, Tom Gerald. Democratic decay: conceptualising an emerging research field. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 9-36, 2019.

⁴⁷ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018.

⁴⁸ ALGUMAS tipologias dos regimes democráticos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1. p. 327-328.

⁴² TÓTH, Gábor Attila. Constitutional markers of authoritarianism. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 37-61, 2019.

⁴³ Sistemas multipartidários; eleições regulares; sufrágio universal; proteção dos direitos fundamentais; controle de constitucionalidade.

O liberalismo no sistema político pretende induzir a uma forma de consenso sobreposto⁴⁹, sobre a qual, uma vez alcançada, as doutrinas conflitantes endossarão os arranjos políticos, visto que o princípio comporta uma tolerância mútua, a aceitação dos rivais como legítimos e não como inimigos. A aposta é na legalidade constitucional com base no sistema majoritário, mas não para exercer a tirania, e sim para representar o povo e sua proteção. Há, portanto, um tripé essencial no liberalismo: a moderação política e a busca do consenso; a reconciliação de diferentes classes sociais; e o Estado de Direito e a proteção das minorias na organização estatal, que será decantado no sistema democrático liberal.

O populismo surge na democracia constitucional liberal por meio de movimentos iliberais democráticos sem a intenção de sacrificar a vida privada da massa popular, porque esta não atrapalha a governança populista. O iliberalismo democrático representa a desintegração do sistema em que o liberalismo e a democracia estão entrando em conflito. O termo iliberalismo tem sido amplamente utilizado pela doutrina⁵⁰. Para Puddington⁵¹, o iliberalismo envolve uma rejeição dos valores liberais e normas democráticas no contexto político específico.

No liberalismo como filosofia ocidental pós-guerra, reconhece-se a pluralidade de divisões sociais, enquanto; no populismo, há o exercício das políticas adversárias. No liberalismo, a prática política está baseada na moderação e no consenso; já no populismo, há a polarização da política. O liberalismo possui como marco o Estado de Direito e o reconhecimento do direito das minorias, ou seja, a heterogeneidade dos grupos. O populismo advoga a favor da homogeneização popular com maioria harmoniosa e com pessoas virtuosas e trabalhadoras, ele reivindica o monopólio da representação do povo, como se só ele fosse capaz encarnar a genuína vontade popular.

Para fins desta pesquisa, o termo liberalismo está associado ao estudo constitucional do século XIX, assen-

tado na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das funções pela sociedade^{52 53}. Nas palavras de Scheppele⁵⁴, constitucionalismo liberal ou governo limitado por restrições constitucionais que avançou no tempo com base no reconhecimento dos direitos dos indivíduos: direito de serem governados sob a autoridade autolimitada e controlada e que tem como legitimação normativa a pedra de toque por meios democráticos e que se encontra, atualmente, contextualizado no constitucionalismo contemporâneo.

O constitucionalismo liberal⁵⁵ é um sistema democrático que, no mínimo, deve incluir: os direitos civis e políticos empregados via processo democrático; a disponibilidade de máquinas eleitorais neutras; e a estabilidade, previsibilidade e publicidade do regime político jurídico baseado no Estado de Direito⁵⁶, o que exige mais do que eleições regulares. Esse termo reflete a maneira pelo qual o liberalismo, o constitucionalismo e a democracia se tornaram conectados conceitualmente nas últimas décadas, especialmente desde a terceira onda de redemocratização a partir da década de 1970⁵⁷. Assim sendo, embora exista a interação altamente complexa dos três elementos da democracia constitucional liberal, nos estados em que há decadência democrática os antagonismos mútuos entre liberalismo, constitucionalismo e democracia vêm à tona de diferentes maneiras⁵⁸.

⁵² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33.

⁵³ Esta afirmação encontra sustento nas seguintes teorias: PAINE, Thomas. *Os direitos do homem*: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. ; MADISON, James. *O federalista nº. 51 [50]*. 1979. ; HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Rio de Janeiro: TopBooks, 2004. ; CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos los gobiernos*. Katz Editores, 2010. ; TOCQUEVILLE, A. *A democracia na América*. São Paulo: Itatiaia, 1998.

⁵⁴ SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 558-559, 2018.

⁵⁵ DEM-DEC. *Concept Index*. Disponível em: <https://www.democratic-decay.org/index#anchor-link-Il-liberalism>. Acesso em: 23 nov. 2019.

⁵⁶ DEM-DEC. *Concept Index*. Disponível em: <https://www.democratic-decay.org/index#anchor-link-Il-liberalism>. Acesso em: 23 nov. 2019.

⁵⁷ Para maiores informações ver: HUNTINGTON, Samuel P. Will more countries become democratic. *Political Science Quarterly*, v. 99, n. 2, p. 193-218, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2150402?seq=1>. Acesso em: 16 abr. 2014.

⁵⁸ GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 95.

⁴⁹ RAWLS, John. *Liberalismo político*. UNAM, 1995.

⁵⁰ Ver ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracy. *Foreign Aff.*, v. 76, p. 22, 1997. ; MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Harvard University Press, 2018. ; PUDDINGTON, Arch. *Breaking down democracy: goals, strategies, and methods of modern authoritarians*. Washington, DC: Freedom House, 2017.

⁵¹ PUDDINGTON, Arch. *Breaking down democracy: goals, strategies, and methods of modern authoritarians*. Washington, DC: Freedom House, 2017.

A revisão judicial abusiva representa um signo fundamental de erosão democrática que muitos países ao redor do mundo têm experimentado no campo do constitucionalismo democrático liberal. Segundo Alon⁵⁹, os Tribunais têm respondido, de uma forma geral — apresentando aqui, como exemplo, o Tribunal Constitucional de Israel —, de duas maneiras diferentes: concebendo os movimentos populistas advindo de outras esferas; ou empregando uma série de princípios, o que inclui o uso de legalismos fechados e valores sociais fundamentais já concedidos para repelir os movimentos populistas.

Líderes autoritários ou populistas estão utilizando ferramentas dos próprios sistemas democráticos para entrincheirar poder via emendamento ou substituição constitucional. Em uma série de países na América Latina, foram realizadas emendas constitucionais para abolir ou afrouxar os limites do mandato presidencial, permitindo-lhes permanecer no poder de forma indefinida⁶⁰. Na Turquia, o regime de Erdogan utilizou uma série de emendas constitucionais para fortalecer o poder presidencial e impedir que o controle da Corte Constitucional possa afetar os seus movimentos. Na Venezuela, Equador e Hungria, houve a substituição das Constituições que representam hegemonia de poder e marginalização dos poderes políticos de oposição.

A atuação de uma “revisão judicial abusiva”⁶¹ pode lançar uma sombra sobre o constitucionalismo⁶², o que enaltece e legitima a atuação da governança populista e, dessa forma, representa uma ameaça à ordem constitucional vigente, decantada na erosão do sistema democrático aplicado. Em outros momentos, os Tribunais

desejam minimizar o atrito entre eles e os ramos eleitos do governo. E, ao fazê-lo, tornam-se sensíveis às ramificações políticas nas suas decisões, resistindo à integração da opinião pública sobre a tomada de suas decisões.

Para Alon⁶³, há dois diferentes motivos para essa resistência: o legalismo e os valores fundamentais. A abordagem legalista procura distanciar os juízes do reino da política. As decisões são tomadas de acordo com a lei e isso permite que o público não conheça as argumentações decorrentes dessas decisões. Os tribunais obtêm sua legitimidade por meio de adesão à lei e, nesse sentido, é imperativo que se mantenha isolado do debate público. A jurisdição abusiva seria, portanto, encoberta pelo véu da abordagem legalista.

O legalismo, no entanto, não é o único baluarte contra o “populismo” no universo jurisdicional. Essa outra abordagem se baseia em um conjunto de valores fundamentais que são compartilhados pela sociedade como um todo. Valores que devem moldar a tomada de decisões. Assim, essa proteção legalista procura blindar a jurisdição de tendências passageiras de o clamor popular afetar a determinadas temáticas. Mas o grande paradoxo decorrente dessas questões refere-se ao fato de que, diante de um possível legislativo ou executivo populista, a atuação da jurisdição pode, também, se tornar parte da governança populista.

Segundo Alon⁶⁴, a revisão judicial abusiva pode emergir, ainda, em respostas a outros estímulos. Às vezes, os tribunais, por sua própria vontade, procuram antecipar o desenvolvimento de tendências públicas e políticas. Veja o exemplo do julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva⁶⁵ no Brasil, que teve uma tramitação em tempo recorde no Tribunal Regional Federal. Para Zanin, a discussão deveria se centrar na falta de isonomia de tratamento dada à Lula, que deveria ser tratado como todos os réus⁶⁶.

⁵⁹ ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.

⁶⁰ LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019. ; TAYLOR, Telford. Judicial protection against abusive practices: judicial review of legislative investigations. *Notre Dame Law*, v. 29, p. 242, 1953. Ver ainda: LANDAU, David. Presidential term limits in Latin America: a critical analysis of the migration of the unconstitutional amendment doctrine. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 225-249, 2018.

⁶¹ Ver LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019. ; TAYLOR, Telford. Judicial protection against abusive practices: judicial review of legislative investigations. *Notre Dame Law*, v. 29, p. 242, 1953.

⁶² ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.

⁶³ ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.

⁶⁴ ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.

⁶⁵ Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado a 12 anos e um mês de prisão por corrupção e lavagem de dinheiro. Em menos de dois meses, o Revisor do Tribunal de Apelação pediu para marcar a data de julgamento. O tempo entre revisão e julgamento de um processo normal, leva, em média, 105 dias. O Processo de Lula levou 54 dias; o tempo total das apelações – da primeira instância até o julgamento – leva em média 15,5 meses. O processo de Lula levou 54 dias.

⁶⁶ LONGO, Ivan. Com tramitação em tempo recorde, julgamento

A pesquisa nos leva a concluir que a denominada revisão judicial abusiva tem natureza instrumental contextual e seus espectros, necessariamente, pretendem legitimar, de alguma forma, por ação ou inação, o movimento populista ou autoritário. Manifesta-se em um ambiente da interpretação constitucional, mais precisamente nos pontos deflagrados de tensão entre os poderes que dela podem decorrer. Assumem importância nesse campo as sanções criminais políticas e a utilização de instrumentos de pressões ilegítimos, pensados no campo das violações de direitos fundamentais e sistema penal de garantias, que podem ser esgrimados pelos juízes e/ou jurisdição.

Outras hipóteses que podem decorrer da revisão judicial abusiva são a criminalização e a militarização da política, que são propriedades variáveis de populismos. Conjuga-se, nessa atividade de racionalidade interpretativa, o ativismo político, em que o seu papel político é reativo, omissivo e marginal. A deflagração de sanções políticas advinda da jurisdição contra o executivo ou legislativo, decerto, consiste em um movimento articulado pelo juiz, tribunal ou corte, de forma política e estratégica, antidemocrático ou iliberal, cujos efeitos pretendem “corrigir os descontentamentos sociais” que são produtores da insatisfação política. A filiação imediata ao sentimento popular dominante pode se revelar, também, uma tendência de abertura à revisão judicial abusiva.

A conjugação dos fatores arrolados desperta para a “nova concepção do papel do judiciário” que supera o fetiche da atuação independente, contramajoritária e apolítica. A questão que se põe em um contexto de variação e oscilação política entre amigos e inimigos diz respeito ao peso político da criminalização da política e das violações de direitos humanos e fundamentais que decorrem de suas interpretações. Portanto, será considerada uma revisão judiciária abusiva se houver a constatação da erosão democrática em qualquer sentido, verificando os efeitos consequencialistas dessas decisões, o que pode ser representado, a título de exemplo, por qualquer ação que pretenda asfixiar a política ou violar direitos materiais constitucionais.

de Lula no TRF-4 será em 24 de janeiro. *Fórum*, 2017. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/urgente-com-tramitacao-em-tempo-recorde-julgamento-de-lula-no-trf-4-sera-em-24-de-janeiro>. Acesso em: 12 dez. 2017.

Uma jurisdição ou juiz que conjugue ativismo populista pode apresentar um grave risco para a democracia.

4 Metodologia analítica de revisão judicial abusiva

Depreende-se que populistas usam a mudança constitucional para realizar três funções: desconstruir a antiga ordem institucional, desenvolver um projeto substantivo enraizado em uma crítica dessa ordem e consolidar o seu poder. Assim, o acesso às ferramentas de mudança constitucional pode acentuar tanto a promessa de populismos ou autoritarismos, como se tornar um corretivo para a estagnação das democracias liberais quanto à ameaça que os movimentos representam.

No entanto, o grande paradoxo decorrente dessas questões é que, diante de um possível legislativo ou executivo populista e/ou autoritário, os Tribunais Constitucionais serão aqueles que, em última linha, defenderão o liberalismo e o sistema democrático ao interpretar os valores fundamentais daquela nação. A hipótese que se apresenta como relevante é: a jurisdição constitucional pode exercer uma “revisão judicial abusiva” e legitimar práticas antidemocráticas para consolidar o regime populista e/ou autoritário, tais como a criminalização e a militarização da política? Em tempos de populismos desenfreados, conflitos e polarizações, o prenúncio de uma jurisdição constitucional contra a democracia pode ficar cada vez mais evidente.

Nesse sentido, teremos duas variáveis separadas: uma que impede as formas de mudança constitucional que permitem aos populistas moldar a ordem constitucional de modo a se arraigarem no poder e avança na construção da agenda de democratização; e outra que reforça e potencializa o movimento populista e/ou autoritário e degrada em qualquer sentido as virtudes da democracia liberal.

As métricas analíticas apresentadas nas tabelas 1 e 2 podem ser capazes de evidenciar como e de que forma o juiz, o tribunal ou a corte constitucional exercem o seu poder político que pode representar uma técnica de sobrevivência judicial, deferência e colaboração aos demais poderes ou uma técnica de resistência judicial.

Após definir revisão judicial abusiva no campo teórico-conceitual, é possível estabelecer dois perfis distin-

tos sobre o papel político exercido pela jurisdição no regime político populista e/ou autoritário: o primeiro, que avança para afirmar ou reafirmar uma agenda de democratização contra o avanço da governança populista e/ou autoritária; e o segundo, que navega em sentido contrário, ou seja, que potencializa o movimento populista e/ou autoritário, cujos efeitos possam constatar a erosão do sistema democrático em qualquer sentido.

Nas tabelas 1 e 2, representa-se o resultado de uma análise sistemática de interpretações fornecidas pelas doutrinas até então mapeadas⁶⁷.

Na tabela 1, não há um destaque específico para as distinções tradicionais entre direitos negativos, positivos, individuais ou coletivos. Percebe-se que as agendas vocacionadas à democratização respondem no campo do político, econômico, social e legal. Nessa tendência, se compreende uma intervenção tanto minimalista (redistributiva ou regulatória) quanto ampla e que se decantam na esfera econômica, política e de defesa do Estado.

Pelo menos, cinco pontos distintos podem ser percebidos: defesa dos direitos humanos, reinterpretações de jurisprudências já consolidadas, medidas estruturan-

tes, aumento do papel dialógico das Cortes e controles políticos e sociais ativos.

Tabela 1 – Perfil geral da jurisprudência para afirmar ou reafirmar uma agenda de democratização

Maior coerência doutrinária	Reinterpretação da concepção do federalismo na pandemia da covid-19	Medidas estruturantes	Reconciliação das diferentes classes e grupos marginalizados com a Constituição
Revisão judicial sistemática de respostas às ações governamentais à pandemia	Aumento do papel dialógico das Cortes	Respostas moderadas e buscas de consensos entre os poderes e grupos vulneráveis e minoritários	Defesa das violações e bloqueios dos Direitos Humanos
Invalidação ou modificação de parte das respostas políticas iliberais ou antidemocráticas	Preocupação maior com a fundamentalidade das decisões	Jurisdições supervisoras	Condenações e controle sistemático no campo das desinformações e <i>fake news</i>
Efeitos <i>backlashing</i> de controle político e social ativo	Garantia da integridade processual e substancial das ações políticas	Interpretações em nome dos valores dos princípios democráticos	Respostas jurisdicionais em nome do interesse público e não político

Outro ponto distinto observado são as respostas maxi-minimalistas das Cortes. Nesse sentido, as Cortes ampliam a sua força institucional sem confronto direto com a autoridade política dominante. Isso significa que estabelece a sua potência institucional via reforço positivo do controle e uma das consequências é a defesa à força de seus precedentes.

Na tabela 2, representam-se as respostas jurisdicionais que potencializam o movimento populista e/ou autoritário, cujos efeitos possam constatar a erosão, um impacto negativo sobre o núcleo mínimo do sistema democrático liberal em qualquer sentido: a revisão judicial abusiva.

Constituem elementos caracterizadores dessa categoria:

- a. Uma nova concepção do papel do poder judiciário que supera o fetiche da atuação independente, o exercício de papel político obscurantista e negacionista;
- b. Será considerada uma revisão judicial abusiva se houver a constatação da erosão democrática em qualquer sentido no sistema político;

⁶⁷ GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. ; BOURNE, Angela K.; CASALS BÉRTOA, Fernando. Mapping “Militant Democracy”: variation in party ban practices in european democracies (1945-2015). *European Constitutional Law Review*, v. 13, n. 2, p. 221, 2017. ; DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. In: *Comparative Judicial Review*. Edward Elgar Publishing, 2018. ; SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Scritta, 1996. ; DALY, Tom Gerald; JONES, Brian Christopher. Parties versus democracy: addressing today’s political party threats to democratic rule. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, n. 2, p. 509-538, 2020. ; LANDAU, David. Courts and support structures: beyond the classic narrative. In: *Comparative Judicial Review*. Edward Elgar Publishing, 2018. ; GARDBAUM, Stephen. What makes for more or less powerful constitutional courts. *Duke J. Comp. & Int’l L.*, v. 29, p. 1, 2018. ; VERDUGO, Sergio. How can judges challenge dictators and get away with it?. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 59, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3660179. Acesso em: 23 fev. 2022. ; LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019. ; GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Binding the unbound executive: checks and balances in times of pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*, n. 52, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974. Acesso em: 25 fev. 2022. ; CURTIS, Michael Kent. Judicial review and populism. *Wake Forest L. Rev.*, v. 38, p. 313-373, 2003.

- c. Conjuga ativismo político com supremacia com respostas reativas e marginais;
- d. O movimento político no campo da jurisdição é articulado de forma política estratégica ao campo do iliberalismo ou antidemocrático de forma direta — controle de constitucionalidade, ou de forma indireta — omissão ou inação;
- e. Efeitos coordenados e/ou planejados estrategicamente com a governança populista e/ou autoritária contra a judicialização das propriedades variáveis de populismos pelos corpos intermediários;
- f. As autoridades ou poder político dos Tribunais são frutos das contingências e mudanças políticas;
- g. Juízes, Tribunais ou Cortes cooptados ou coagidos por populistas ou autoritários.

titucional; são seletivas nas escolhas dos elementos da democracia liberal; altamente contextuais, porque ignoram as diferenças do contexto político e social; invertem os propósitos e ideais democráticos para que tenham efeito oposto aos valores constituídos no sistema político. Essas ações legitimam ou potencializam as ações da governança populista ou autoritária de forma direta ou indireta.

A análise para a aplicação de estudos de caso no campo da revisão judicial abusiva deve atender a alguns critérios metodológicos e estruturantes, porque, embora se possa estabelecer pontos de incidência comuns entre as respostas jurisdicionais, deve-se atentar para o contexto político estrutural, as regras formais do desenho institucional, a cultura constitucional e democrática, as práticas de interpretações judiciais e sua natureza consequencialista sob pena de banalização do que vem a ser revisão judicial abusiva.

Tabela 2 – Perfil geral da jurisprudência, revisão judicial abusiva

Criminalização da política	Anulação das anistias políticas	Chancela da utilização de serviços de inteligência para fins de interesse político e não público	Abstenção de julgar pedidos de <i>impeachment</i>
Chancela, omissão ou inação de violação de direitos humanos e/ou fundamentais	Chancela de emendas, decretos, medidas provisórias, decretação de estado de exceção flagrantemente inconstitucional	Chancela, omissão ou inação da judicialização das propriedades variáveis e populismos	Volatilidade ou descarte dos precedentes
Atuação consultiva positiva diante de Projetos de Lei flagrantemente inconstitucionais	Excepcionalismos hermenêuticos, interpretações desvirtuadas dos princípios e valores democráticos	Banimento de partidos de oposição	Eliminação de limites aos mandatos presidenciais
Repressão às instituições democráticas e corpos intermediários	Subversão do significado constitucional com interpretações políticas distorcidas	Repressão à imposição de decisões internacionais	

As respostas que representam a revisão judicial abusiva possuem um perfil de racionalidade interpretativa altamente superficial que envolve o procedimento cons-

4.1 Revisão judicial abusiva e as ADPFs julgadas pelo STF na pandemia da covid-19 entre 03/20 e 02/21

A governança populista, para Issacharoff⁶⁸, representa uma forma de corrupção da governança democrática pela ação populista que reflete a desvirtuação da própria soberania popular. Pretende, o populista, por meio de ações políticas de curto prazo, de forma imediata e sem preocupação com o futuro, recompensar e favorecer um universo clientelista⁶⁹ que se manifesta, também, pela inação do executivo⁷⁰.

⁶⁸ ISSACHAROFF, Samuel. The corruption of popular sovereignty. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, n. 20-02, mar. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3550172. Acesso em: 24 fev. 2022.

⁶⁹ Como exemplo, as políticas ambientais que Bolsonaro vem adotando oferecem um sério risco aos esforços globais para mitigar as mudanças climáticas. Nos últimos anos, o desmatamento na Amazônia tem aumentado exponencialmente: de menos de 1.765 milhas quadradas, em 2012, subiu para 3.911 milhas quadradas, entre julho de 2018 a junho de 2019 (NUNES, Maíra. Bolsonaro ameaça democracia e Amazônia, diz Relatório do Congresso dos EUA. *Correio Braziliense*, jul. 2020. Disponível em: https://www.correio-braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/09/interna_politica,870834/bolsonaro-ameaca-democracia-e-amazonia-diz-relatorio-do-congresso-dos.shtml. Acesso em: 10 jul. 2020.). Para Nunes, o aumento do desmatamento está atrelado a uma série de políticas que cortaram fundos para a aplicação ambiental com redução das áreas protegidas e requisitos de conservação ambiental.

⁷⁰ POZEN, David; SCHEPPELE, Kim Lane. Executive underreach, in pandemics and otherwise. *American Journal of International Law*, Forthcoming, p. 1-18, jun. 2020.

Bolsonaro, no campo da pandemia da Covid-19, minimizou o perigo representado pela pandemia; ameaçou se retirar da Organização Mundial de Saúde (OMS); destacou a eficácia de tratamentos não comprovados, sem segurança e efetividade; fez afirmações imprecisas sobre o número e contagem de mortos decorrentes da pandemia; encorajou protestos anticonfinamento; desafiou as diretrizes de distanciamento social, emitidas pelo Ministério da Saúde; repreendeu governadores e prefeitos, acusando-os de fechar a economia ao impor medidas de contenção contra a pandemia; militarizou a política e o Ministério da Saúde; negligenciou grupos minoritários e vulneráveis; e foi omissivo no enfrentamento da pandemia ao não estabelecer um plano gerencial federal.

A atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), no contexto político populista brasileiro na pandemia da Covid-19, nos julgamentos das Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPFs), entre março de 2020 e fevereiro de 2021, pretendeu consolidar ou legitimar práticas abusivas dos poderes, ou seja, exercer uma revisão judicial abusiva ou desempenhar um importante papel na proteção da democracia sob ameaça de retrocesso? Nesse sentido, como já explorado, teremos duas variáveis separadas no estudo de caso: uma que impede as formas de mudança constitucional que permitem aos populistas moldar a ordem constitucional de modo a se arraigarem no poder e outra que reforça a afirmação das virtudes da democracia liberal.

O STF analisou cerca de 40 (quarenta) pautas econômicas com reflexos políticos e sociais à pandemia da covid-19 no último ano. A pesquisa aplicada centrará a sua atenção nas ações de Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais decididas pelo STF entre março de 2020 e fevereiro de 2021 — em anexo.

Consta-se que, nas doze ADPFs analisadas, a resposta do Supremo Tribunal Federal balanceou-se entre conceder parcialmente medida cautelar *ad referendum*, negar seguimento à ADPF e, especificamente na ADPF 568/PR, homologar a proposta de ajuste de acordo.

Na ADPF 672/DF, decisão em 09 de abril de 2020 referente aos atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19, o STF concedeu, parcialmente, a medida cautelar, reconhecen-

do e assegurando o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e complementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e a circulação de pessoas, entre outras; independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente.

Já na ADPF 671/DF, a decisão proferida em 03 de abril de 2020, do ministro Ricardo Lewandowski, negou seguimento à ADPF, em que o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pedia a regulação pelo poder público da utilização dos leitos de unidades de tratamento intensivo (UTIs) na rede privada durante a pandemia do novo coronavírus. Segundo o relator, já existiam diversas normas que viabilizariam a requisição administrativa de bens e serviços e a atuação do Judiciário, caracterizando, nesse sentido, o desrespeito ao Princípio da Separação dos Poderes.

Com relação à ADPF 666/DF, decisão proferida em 15 de abril de 2020, a ministra Rosa Weber negou o seu seguimento (julgou inviável a tramitação). Em tal Arguição, a Associação Brasileira das Locadoras de Automóveis (Abla) questionava decretos estaduais e municipais que suspenderam o funcionamento de empresas do setor em razão das medidas de combate ao novo coronavírus. Sem analisar o mérito da ação, a relatora explicou que a ADPF não é o instrumento processual adequado para a pretensão da entidade.

Relativamente à ADPF 675/DF, a decisão proferida em 17 de abril de 2020, do ministro Celso de Mello do STF, julgou-a inviável. A Confederação Nacional do Turismo (CNTUR) questionava, por meio de ADPF, decretos estaduais e municipais que estabeleceram medidas de isolamento social para o enfrentamento ao novo coronavírus. Segundo o relator, a entidade não indicou com precisão os atos questionados e, por isso, considerou a ADPF inadmissível.

Sobre a ADPF 568/PR, em decisão proferida em 13 de maio de 2020, o ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal homologou a proposta de ajuste no acordo sobre a destinação de valores recuperados pela Operação Lava Jato e determinou a imediata destinação dos recursos recebidos pelos Estados do Maranhão (R\$ 44,2 milhões), Mato Grosso (R\$ 79,4 milhões) e Tocantins (R\$ 29,6 milhões) para o custeio das ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia da Covid-19. A decisão atendeu aos pedidos das três unidades da federação, com a anuência de todas as partes do acordo (Procuradoria-Geral da República, União, Senado e Câmara dos Deputados). Os Estados deverão comprovar a efetiva utilização do montante autorizado.

Quanto à ADPF 690/DF, a decisão proferida em 08 de junho de 2020 pelo ministro Alexandre de Moraes concedeu parcialmente a medida cautelar, *ad referendum* do plenário da Suprema Corte, para determinar ao Ministro da Saúde que mantivesse, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (covid-19).

A respeito da ADPF 709/DF, na decisão proferida em 08 de julho de 2020, o ministro Luís Roberto Barroso determinou que o governo federal adotasse uma série de medidas para conter o contágio e a mortalidade pela covid-19 entre a população indígena. Entre essas medidas estão: planejamento com a participação das comunidades, ações para a contenção de invasores em reservas, criação de barreiras sanitárias no caso de indígenas em isolamento (aqueles que, por escolha própria, decidiram não ter contato com a sociedade) ou contato recente (aqueles que têm baixa compreensão do idioma e costumes), acesso de todos os indígenas ao Sistema Indígena de Saúde e elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da covid-19.

Segundo a ADPF 714/DF, na decisão proferida em 03 de agosto de 2020, o ministro Gilmar Mendes concedeu, parcialmente, liminar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs 714, 715 e 718) em que partidos de oposição (Partido Democrático Trabalhista – PDT, Rede Sustentabilidade e Partido dos Trabalhadores – PT) contestaram os vetos do presidente da República, Jair Bolsonaro, ao projeto de lei que exige o uso de máscara de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público. A liminar restabelece a obrigatoriedade do uso

do equipamento a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço.

Acerca da ADPF 673/DF, a decisão proferida em 29 de junho de 2020 pelo ministro Luiz Fux a julgou inviável. Nessa ADPF, o PDT pedia a suspensão imediata de parte do calendário do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) de 2020 em razão do estado de calamidade pública ocasionado pela pandemia do novo coronavírus. Para o relator, a ação escolhida não é o meio processual adequado para o questionamento.

Sobre a ADPF 676/PR, em decisão proferida em 20 de outubro de 2020, o ministro Alexandre de Moraes requereu que fossem solicitadas informações definitivas ao presidente da República, Jair Bolsonaro, sobre as políticas públicas voltadas para o combate à pandemia do coronavírus. O despacho foi proferido na ADPF em que o PT pede ao STF que reconheça como inconstitucional a postura do governo federal em relação à situação sanitária decorrente da covid-19.

E, por fim, na ADPF 754/TPI, decisão proferida em 08 de fevereiro de 2021, o ministro Ricardo Lewandowski deferiu, parcialmente, a cautelar requerida, *ad referendum* do plenário dessa Suprema Corte, para determinar ao Governo Federal que divulgasse, no prazo de 5 (cinco) dias com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a covid-19.

Depreende-se que, no campo das decisões das ADPFs mapeadas entre março de 2020 e fevereiro de 2021, o STF atuou na defesa dos direitos humanos fundamentais, reinterpretou jurisprudências já consolidadas, estabeleceu medidas estruturantes e aumentou o seu papel dialógico nos controles políticos e sociais ativos.

5 Considerações finais

Este artigo definiu revisão judicial abusiva a partir da métrica metodológica hipotético-dedutiva advindo das hipóteses teóricas analisadas. Estudos anteriores já demonstraram que a revisão judicial abusiva é um potente indicador à crise e degradação do sistema democrático.

É possível constatar que a realidade atual da sociedade brasileira aponta um progressivo desgaste dos Poderes Legislativo e Executivo e abre espaço para o protagonismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário. A elevação do Poder Judiciário à condição de ator central no cenário político brasileiro não ocorre por acaso e a constitucionalização dos direitos representa um de seus núcleos fundantes.

A erosão do sistema político, a crise da representação política e o declínio da confiança no Poder Executivo aparecem como uma das possíveis causas da emergência do Poder Judiciário como ator central, cujo ativismo desequilibra a balança dos três poderes e solapa qualquer aproximação do ideal de equilíbrio e moderação. A densidade adquirida pelo Poder Judiciário põe em cena um fenômeno que está longe de ser apenas regional. Seu caráter é global e pode ser percebido em diversos países. A hegemonia alcançada pelo Poder Judiciário surge como uma entidade blindada às lutas políticas, às práticas de corrupção e às decisões discricionárias. Isso ocorre em virtude de suas decisões serem vistas como julgamentos técnicos, apolíticos, alicerçados no conhecimento jurídico.

Inferre-se, portanto, o fato de os distintos conteúdos contribuírem com a fundamentação e legitimação das decisões judiciais e abrirem o flanco da insegurança jurídica. No contexto brasileiro da elevação dos níveis de contingência no âmbito das decisões judiciais, verifica-se a politização da justiça, principalmente no cenário pandêmico. Convém, por fim, ressaltar que a aceleração da judicialização da política e do ativismo judicial representa, como profetizara Max Weber há quase um século, o desdobramento de um processo irreversível de burocratização, elitização e despolitização, cuja consequência é um déficit democrático, sobretudo no concernente à ampliação da participação política.

O atual governo populista despertou o exercício de atuação política do STF à tentativa de contenção de sua governança. Uma Suprema Corte passiva em face da tentativa de uma governança populista representa um resultado perigoso para a jovem democracia constitucional brasileira. O resultado, no campo das decisões das ADPFs, mapeadas entre março de 2020 e fevereiro de 2021 nos informa que, diante da metodologia analítica de revisão judicial abusiva, o STF atuou na defesa dos direitos humanos fundamentais, reinterpretou jurisprudências já consolidadas, estabeleceu medidas estru-

turantes e aumentou o seu papel dialógico nos controles políticos e sociais ativos. Conseqüentemente, o STF avançou para afirmar ou reafirmar uma agenda de democratização contra o avanço da governança populista.

Não se perdem de vista hipóteses que, ainda, precisam ser decantadas e merecem reflexão: a intensidade e qualidade do envolvimento dos tribunais no campo do político e a eficácia e natureza consequencialista de uma decisão política.

Referências

ABRAMOWITZ, Michael. Democracy in crisis. *Freedom house*, 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>. Acesso em: 24 maio 2018.

AKKERMAN, Tjitske. Populism and democracy: challenge or pathology?. *Acta Politica*, v. 38, n. 2, p. 147-159, 2003.

ALGUMAS tipologias dos regimes democráticos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1. p. 327-328.

ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.

BALKIN, Jack M. Populism and progressivism as constitutional categories (1995). *Yale Law Journal*, v. 104, p. 1935-2008, 1994.

BELLAMY, Richard. Constitutionalism and democracy. *International Library of Essays in Law and Legal Theory - Second Series*, p. 11-68, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492. Acesso em: 08 jun. 2013.

BENVINDO, Juliano Zaiden; GONÇALVES ACUNHA, Fernando José. Brazilian democratic decay and the fear of the people. *Int'l J. Const. L. Blog*, jun. 2017. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2017/06/brazilian-democratic-decay-and-the-fear-of-the-people/>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista, Cultura e Política*, n. 61, p. 19, 2004.

- BOURNE, Angela K.; CASALS BÉRTOA, Fernando. Mapping “Militant Democracy”: variation in party ban practices in european democracies (1945-2015). *European Constitutional Law Review*, v. 13, n. 2, p. 221, 2017.
- BOUTROS-GHALI, Boutros. *An agenda for democratization*. United Nations: New York, 1996.
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber. *Lua Nova*, n. 99, p. 47-79, 2016.
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno. (org.). *Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia*. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2020.
- CONSTANT, Benjamin. *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*. Katz Editores, 2010.
- CURTIS, Michael Kent. Judicial review and populism. *Wake Forest L. Rev.*, v. 38, p. 313-373, 2003.
- DALY, Tom Gerald. Democratic decay: conceptualising an emerging research field. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 9-36, 2019.
- DALY, Tom Gerald; JONES, Brian Christopher. Parties versus democracy: addressing today’s political party threats to democratic rule. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, n. 2, p. 509-538, 2020.
- DEM-DEC. *Concept Index*. Disponível em: <https://www.democratic-decay.org/index#anchor-link-Illiberalism>. Acesso em: 23 nov. 2019.
- DIAMOND, Larry *et al.* Developing democracy: toward consolidation. *JHU Press*, 1999.
- DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. In: *Comparative Judicial Review*. Edward Elgar Publishing, 2018.
- FRANKLIN, David L. Popular constitutionalism as presidential constitutionalism. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 81, p. 101-121, 2006.
- FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 309, 2005.
- GARDBAUM, Stephen; PILDES, Richard. Populism and democratic institutional design: methods of selecting candidates for chief executive in the United States and other democracies. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, n. 17-46, p. 1-64, 2017.
- GARDBAUM, Stephen. What makes for more or less powerful constitutional courts. *Duke J. Comp. & Int’l L.*, v. 29, p. 1, 2018.
- GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Binding the unbound executive: checks and balances in times of pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*, n. 52, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974. Acesso em: 25 fev. 2022.
- GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016.
- GOUVÊA, Carina Barbosa. *A categoria teórico-abstrata do poder constituinte híbrido e a crise dos sistemas democráticos: materializando novos sentidos para a internacionalização do poder constituinte originário*. 2019. Tese (Pós-Doutorado) Relatório Final de Estágio Pós-Doutoral - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.
- GOUVÊA, Carina; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. A incorporação “dos espíritos” do princípio da separação dos poderes de Montesquieu nas constituições, uma resposta para democratização do poder judiciário. *Revista de Ciencia de La Legislación*, n. 6, sep. 2019. Disponível em: https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=95f4e4329c16aa5702b8663c71d990c8&hash_t=ba6e5fd611baf3c0d2ed867ca16a9eef#indice_0. Acesso em: 06 set. 2009.
- GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.
- GOUVÊA, Carina; DANTAS, Ivo. Os caminhos para o desenvolvimento de uma interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico: abrindo a “sala de máquinas da Constituição”. *AREL FAAR*, Ariquemes, RO, v. 5, n. 1, p. 82-110, 2017.
- HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 1-12, 2013.
- HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Rio de Janeiro: TopBooks, 2004.

- HUNTINGTON, Samuel P. Will more countries become democratic. *Political Science Quarterly*, v. 99, n. 2, p. 193-218, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2150402?seq=1>. Acesso em: 16 abr. 2014.
- HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA L. Rev.*, v. 65, p. 78, 2018.
- ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional courts and democratic hedging. *Geo. LJ*, v. 99, p. 961, 2010.
- ISSACHAROFF, Samuel. The corruption of popular sovereignty. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, n. 20-02, mar. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3550172. Acesso em: 24 fev. 2022.
- KAZIN, Michael. *The populist persuasion: an american history*. Cornell University Press, 1998.
- LACLAU, Ernesto. *On populist reason*. Verso, 2005.
- LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019.
- LANDAU, David. Courts and support structures: beyond the classic narrative. In: *Comparative Judicial Review*. Edward Elgar Publishing, 2018.
- LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018.
- LANDAU, David. Presidential term limits in Latin America: a critical analysis of the migration of the unconstitutional constitutional amendment doctrine. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 225-249, 2018.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018.
- LONGO, Ivan. Com tramitação em tempo recorde, julgamento de Lula no TRF-4 será em 24 de janeiro. *Fórum*, 2017. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/urgente-com-tramitacao-em-tempo-recorde-julgamento-de-lula-no-trf-4-sera-em-24-de-janeiro>. Acesso em: 12 dez. 2017.
- MADISON, James. *O federalista nº. 51 [50]*. 1979.
- MAIR, Peter. Populist democracy vs party democracy. In: MÉNY, Yves; SUREL, Yves. *Democracies and the populist challenge*. London, UK: Palgrave Macmillan, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Harvard University Press, 2018.
- MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. Populism and (liberal) democracy: a framework for analysis. *Populism in Europe and the Americas: threat or corrective for democracy*, p. 1-26, 2012.
- MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?*. London, UK: Penguin, 2017.
- NOWLIN, Jack Wade. The judicial restraint amendment: populist constitutional reform in the spirit of the bill of rights. *Notre Dame L. Rev.*, v. 78, p. 171-280, 2002.
- NUNES, Máira. Bolsonaro ameaça democracia e Amazônia, diz Relatório do Congresso dos EUA. *Correio Braziliense*, jul. 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/09/interna_politica,870834/bolsonaro-ameaca-democracia-e-amazonia-diz-relatorio-do-congresso-dos.shtml. Acesso em: 10 jul. 2020.
- PAINÉ, Thomas. *Os direitos do homem: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.
- POZEN, David; SCHEPPELE, Kim Lane. Executive underreach, in pandemics and otherwise. *American Journal of International Law*, Forthcoming, p. 1-18, jun. 2020.
- PUDDINGTON, Arch. *Breaking down democracy: goals, strategies, and methods of modern authoritarians*. Washington, DC: Freedom House, 2017.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*. UNAM, 1995.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; GOMEZ, Krizna. (ed.). *Rising to the populist challenge*. Colombia: Dejusticia, 2018.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 558-559, 2018.
- SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Scritta, 1996.
- SCHOLTES, Julian. The complacency of legality: constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power. *EUI Working Paper Law*, n. 07, 2018.
- SOMIN, Ilya. The tea party movement and popular constitutionalism. *Nw. L. Rev. Colloquy*, v. 105, p. 300-314, 2010.

TAYLOR, Telford. Judicial protection against abusive practices: judicial review of legislative investigations. *Notre Dame Law*, v. 29, p. 242, 1953.

TOCQUEVILLE, A. *A democracia na América*. São Paulo: Itatiaia, 1998.

TÓTH, Gábor Attila. Constitutional markers of authoritarianism. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 37-61, 2019.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social assistance rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2009.

UNITED NATIONS. Global issues. Democracy and United Nations. Disponível em: http://www.un.org/en/globalissues/democracy/democracy_and_un.shtml. Acesso em: 10 fev. 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VERDUGO, Sergio. How can judges challenge dictators and get away with it?. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 59, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3660179. Acesso em: 23 fev. 2022.

WALKER, Neil. Populism and constitutional tension. *University of Edinburgh School of Law Research Paper*, n. 18, p. 2-22, 2018.

ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracy. *Foreign Aff.*, v. 76, p. 22, 1997.